

EL TESTAMENTO EN FAVOR DE JESUCRISTO Y DE LOS SANTOS EN EL DERECHO ROMANO POSTCLASICO Y JUSTINIANO *

SUMARIO: I. *Introducción*: 1. Planteamiento del tema.—II. *Fundamentos doctrinales en la literatura patristica*: 2. El papel desempeñado por los Santos Padres en esta época.—3. Fundamentación teológica del testamento en favor de Jesucristo.—4. La explicación teológico-cultural del testamento en favor de los ángeles y de los mártires.—III. *El testamento en favor de Cristo, de los ángeles o de los mártires en el Derecho anterior a Justiniano*: 5. Abudancia de estas figuras mortis causa.—A. *Negocios jurídicos utilizables en el Derecho romano postclásico*: 6. a) La Iglesia.—7. b) Otros entes morales.—8. c) El obispo o el *hegumenos*.—9. d) La persona física.—10. El problema de la continuidad.—11. e) Otras posibles soluciones.—12. La utilización de las fundaciones alimentarias.—B. *Normas que podrían ser comúnmente aplicadas a todas estas disposiciones*: 13. a) El *modus*.—14. b) La intervención del obispo.—15. c) La aplicación de la *Lex falcidia*.—16. d) El beneficiario en estas disposiciones mortis causa.—17. e) Carácter jurídico de los bienes objeto de testamentos piadosos.—C. *El testamento en favor de Cristo fuera del cauce legal*: 18. Papel de la costumbre, de la práctica negocial y del privilegio.—IV. *La regulación del testamento en favor de Cristo, de los ángeles o de los mártires*: 19. La constitución C.1.2.25(26) y el capítulo 9 de la Novela 131.—20. a) Seres celestiales llamados al testamento.—21. b) Distintas formas de disposición *mortis causa*.—22. c) La ejecución del testamento piadoso.—23. d) Papel del obispo en estos testamentos.—24. e) La tutela jurídica sobre las disposiciones piadosas.—25. La *actio condicictitia*.—26. Permanencias posteriores.

* Este artículo es parte de un trabajo más amplio que hemos iniciado con la ayuda que el Ministerio de Educación y Ciencia concede para el fomento de la investigación en la Universidad.

I. INTRODUCCION

1. En el mes de noviembre del año 530, Justiniano nos hace una sorprendente declaración. Se trata de un hecho constatado. En muchos testamentos aparece instituido, en todo o en parte, un heredero cualificado: el propio Señor Nuestro Jesucristo. Justiniano confiesa que, según *las antiguas leyes*, esto da lugar a muchas dudas¹, sobre todo en los casos en que esa institución viene sin ninguna aclaración ni señalamiento del oratorio preciso² que adquiriría el beneficio económico heredado.

Todo el texto de la constitución, que examinaremos luego, trata de proporcionar unas reglas, más o menos lógicas, que pongan fin a la situación dubitativa. Se entiende que lo dado a Jesucristo corresponde a la iglesia del lugar y ésta lo distribuirá entre los pobres. En la segunda parte de la constitución justiniana se considera otra posibilidad: que el beneficiado por el testamento sea un ángel o un mártir. La norma propone entonces una solución simplista acordando asignar la herencia, el fideicomiso o el legado a la Iglesia que esté dedicada a esa advocación, previendo también el caso en que esto no sea posible.

La introducción es, sin embargo, lo suficientemente interesante para intentar leer entre líneas. ¿Estamos ante una costumbre de las que tanto abundaron en la práctica cristiana de los siglos IV y V? Todo parece confirmar esta sospecha, ya que esta alusión de las dudas y la posibilidad que algún templo, capilla u oratorio pudiera recoger la herencia nos indica que un cierto uso se habría introducido. Por otra parte, el que la intervención del le-

1. El término griego utilizado en la constitución (*ἀδηλία*) —*adelia*—, empleado también en C. I. 3.52.15, expresa una idea del *incertum* latino, que viene a ser la traducción más clásica (*Greek-english Lexicon*. Oxford, 1951 s. v.). Este concepto concuerda muy bien, en nuestro caso, con la idea de *persona incerta*.

2. Muy posiblemente el camino a recorrer hasta llegar a la *persona jurídica-ficción* haya tenido que pasar durante muchos años vinculado a un concepto material de *domus*, capilla, oratorio (*ἑσπερίον*)—*Eukterion*—antes de alcanzar una meta más ideal y más técnica. En el Derecho justiniano encontramos los primeros pasos aún balbucientes de la elaboración jurídica de este camino.

gislador haya sido necesaria en estos primeros años del reinado justiniano es también significativo.

Por si fuera poco, una abundantísima literatura cristiana y patristica ha llegado hasta nosotros con tal profusión que podemos fácilmente reconstruir la vida social de estos siglos prejustinianos en donde la nueva ideología religiosa ha tomado cuerpo y formado una conciencia colectiva, como un fenómeno sociológico, previo al fenómeno jurídico. Exhortaciones a la limosna y a la caridad, homilias y sermones en pro de la fraternidad con necesitados y menesterosos, dejan una huella muy profunda en el vivir diario del hombre del bajo imperio, hasta tal punto que darán pie a multitud de figuras, sobre todo en el ámbito de los negocios *mortis causa*, que se saldrán de la misma legalidad jurídica forzando a este Derecho romano, tardío y *vulgar*, a adaptarse a las formas nuevas que la Iglesia impone con su doctrina y con su ejemplo.

Por otra parte, la nueva legislación imperial, tan abundante y minuciosa, pone al servicio del cristianismo el poder político normativo. Más flexible y más adaptable, por su carácter más joven, se diría que este sentido revisionista o triunfal de los escritos de los Padres frente al complejo y macizo conjunto de *iura*, ha contagiado también a las constituciones imperiales, dándoles un sentido excepcional, creador y derogatorio, sobre todo en estos campos que afectan a la práctica cristiana.

Dada la brevedad de este trabajo, trataremos sólo de examinar muy someramente los fundamentos doctrinales que pudieron servir de base más directa a nuestro testamento irregular. La base patristica que pudo influir más intensamente en la sociedad cristiana de estos siglos y como consecuencia provocar un sistema de práctica jurídica notarial que trataría de encontrar un camino expedito por vías indirectas, pero admisibles, dentro del derecho vigente unas veces, pasando, en cambio, en otras ocasiones a soluciones más radicales, creando figuras o negocios teóricamente nulos, pero en la práctica no impugnados por nadie. Tal vez la profusión de unas y otras, en los años anteriores a Justiniano, provocase la legalización de la figura en una norma aún no muy cuajada pero perfeccionada más tarde en sucesivas leyes, hasta la novela 131, en el año 545.

II. FUNDAMENTOS DOCTRINALES EN LA LITERATURA PATRÍSTICA

2. Hemos de considerar, en primer lugar, que el cristianismo es ante todo vida, es decir, principios generales y sin inmediata aplicación jurídica³. Esos principios necesitan ser elaborados previamente antes de ser trasvasados a normas más concretas, antes de que puedan ser recibidos por la legislación romana. Una vez realizada esa misión —y es ese el papel que corresponde a la Patrística como instrumento de transmisión— ya pueden los principios cristianos convertirse en norma jurídica, quizá a veces sólo se trate de un uso, de una norma consuetudinaria y otras veces sobre cuerpo más directo a través de la ley imperial cristiana. Esta operación no será breve. Toda la tradición cristiana de los siglos precedentes entrará en juego y serán las primeras piedras de esta construcción. Aunque aparentemente sin una influencia clara, todos los escritos cristianos de los siglos II y III van dando una dirección muy concreta al problema⁴. Tal vez, al principio sólo tenga un enfoque puramente ascético: la riqueza es un peligro y la limosna un medio de salvación personal. Quizá se oculte aquí una primitiva idea de compensación pecuniaria frente a la Justicia divina, pero, de todos modos, desde la *Didaché*⁵ y desde las obras de San Cipriano⁶ ya parece deducirse que la limosna a los pobres es una buena colocación de los bienes de esta tierra frente al

3. BIONDI, *El Diritto romano cristiano*. Milán, 1954, I, p. 69 ss.

4. CARUSI cree que la influencia patrística sobre el Derecho romano atraviesa cuatro periodos muy claros: 1.º Hasta finales del s. II, que tiene un carácter predominantemente apologético y su influencia es prácticamente inapreciable. 2.º Hasta principios del s. IV, que supone ya una elaboración doctrinal seria tanto por parte de la patrología latina como griega. La influencia sobre el Derecho romano ya podría darse, pero aún de modo indirecto. 3.º Hasta mediados del s. V, cuya característica sería el desarrollo cultural y científico y su influencia clara y directa, y, finalmente, el 4.º periodo del siglo V en adelante, que supone tan sólo una elaboración con los elementos precedentes. *Studi Fadda, Diritto Rom. e Patrística*. Nápoles, 1906, 2 p. 71 ss., especialmente p. 2 s.

5. *La Didaché o Doctrina de los doce apóstoles*. ERRANDONEA. Madrid, 1946, p. 49 ss.

6. *De opere et elemosynis*. Edición crítica de S. COLOMBO. Turín, 1935.

negocio de la salvación. La ofensa a Dios se repara socorriendo a los pobres, ya que lo que a estos se da es el mismo Cristo quien lo recibe.

No deja de ser curioso que esta equiparación Cristo-pobres, por otra parte tan evangélica (*Mt.* 25.40), sea una idea constantemente repetida por toda la literatura patristica. Muy posiblemente en esa ecuación se encuentre todo el fundamento doctrinal religioso de todos los negocios *inter vivos* y *mortis causa*, que proliferan en esta época alrededor de los grandes personajes eclesiásticos. Un enfoque ascético, decíamos, en esta primera fase de la doctrina cristiana en elaboración y durante estos siglos en los que la Iglesia no pudo mantener una influencia más clara. Más tarde, y es Orígenes⁷ posiblemente quien comienza a plantear el problema en su enfoque alegórico-alejandrino, la idea de Cristo-pobres se hace más connatural a la conciencia cristiana y tiene un planteamiento más espiritual y místico.

Mientras tanto, la situación política y social del imperio ha cambiado totalmente. Constantino y sus inmediatos sucesores han puesto sus constituciones al servicio de los nuevos intereses religiosos⁸. Por ello, esa preocupación por los necesitados ha tomado carta de naturaleza en la ley. El antiguo deber moral se ha hecho deber jurídico —oportere— en la constitución de Constantino del 326⁹. *Opulentos enim saeculi subire necessitates oportet.*

7. RHANER, *La doctrine d'Origene sur la penitence en Recherches de Science religieuse*, 37 (1950). París.

8. En los *Atti del congresso internazionale di Diritto romano*, II de 1935 hay una serie de trabajos muy interesantes, siendo quizá el más directamente relacionado con nuestra cuestión el de A. BECK, *Christentum und nachklassische Rechtsentwicklung. Bemerkungen zum Problem ihrer gegenseitigen Beeinflussung*. p. 89 ss. y el de RICCOBONO, *L'influsso del Cristianesimo sul Diritto romano*. p. 59 ss.

La influencia sobre la legislación imperial postclásica la estudia BIONDI, *ob. cit.* I, p. 123 ss.

ALVAREZ, Ursicino. *Influencias del cristianismo en el Derecho romano*, en *Rev. de Derecho privado*, 1941, p. 317 ss.

9. No deja de ser curioso el empleo de este verbo jurídico *oportet* en la Constitución constantiniana. Tradicionalmente supone para la jurisprudencia romana una obligación civil, todo cuando venga afectado por su conjugación. (*Gai.* 4.2.)

pauperes ecclesiarum divitiis sustentari. Por ello no olvidará nunca la Iglesia este esfuerzo de los príncipes cristianos y agradecerá lealmente este signo de vasallaje de la ley. Los emperadores de esta época, y muy especialmente Constantino, pasarán a la leyenda o a la historia con un halo casi divinal¹⁰.

La constitución de Valentiniano y Valente del 364, aún precisa más. Esta ley estudiada por Biondi¹¹, que se encuentra en el *Co-dex* de Teodosio (13.1.5), distingue tres categorías de personas que están especialmente obligadas a ayudar a los necesitados: los palatinos *qui ad domum nostram pertinent*, los eclesiásticos —*christianos quibus verus cultus est adiuuare pauperes*— y los *potiori*, es decir, aquellas personas que por su prestigio, educación o riqueza, ocupan una posición preeminente. No deja de ser curiosa la coincidencia de que todas las fuentes de los Padres estén absolutamente llenas de ejemplos de palatinos, de eclesiásticos y nobles que siguiendo las admoniciones de la Iglesia y la directriz imperial disponen de sus bienes en favor de los pobres o de instituciones benéficas, en herencias, legados o en donaciones *mortis causa*, tan preferida esta última por los bizantinos de esta época¹².

3. La doctrina cristiana, ya elaborada en los siglos anteriores y de un matiz más bien moralizador y ascético, va tomando por influencia oriental, cuyos precedentes estarían en Orígenes y cuyo desarrollo se da con San Juan Crisóstomo, un tono más profundo. La figura del pobre no es ya la de un representante como una especie de *procurator* de Cristo, que puede recibir el *debitum*. Para Crisóstomo y para San Agustín, en Occidente, el pobre es *ipse Christus*. Lo mismo da, por tanto, dejar los bienes a los pobres

Sobre este verbo. Paulo en D. 50, 16, 37 (26 Ed.) y D. 50.16.189 (34 Ed.) trata de definirlo en este mismo sentido.

Un estudio muy logrado sobre la expresión del verbo *oportere* es el reciente de KASER, *Oportere und ius civile* en ZS 83 (1966), p. 1 ss.

10. Dentro de esta línea está el *encomium*, que Eusebio de Cesárea, hace de este emperador en su obra *Vita Constantini*. Además de MIGNE (PG. XX, 1253-1316) hay un estudio crítico de HEIKEL en la colección *Die griechischen christlichen Schriftsteller*. Leipzig, 1902. Nueva edición.

11. *Adiuuare pauperes et in necessitatibus positos*, en *Scritti giuridici*, I, Milán, 1965, p. 637 ss.

12. HAGEMANN. *Die rechtliche Stellung der christlichen Wohltätigkeitsanstalten in der östlichen Reichshälfte*, en RIDA, 1956, p. 265 ss.

que dejárselos a Cristo. No tendría nada de extraño que fuera esta mística doctrina la creadora de nuestro testamento irregular que tanta aceptación pudo tener en la segunda mitad del siglo v.

Es bueno recordar que tanto San Juan Crisóstomo como San Agustín¹³ están en una situación verdaderamente privilegiada para poder convertirse en los rectores del pensamiento de su época. El gran pensador de la iglesia griega llega a ser con los años casi un héroe nacional, hecho que Bruck¹⁴ relaciona con la ruptura definitiva con la cultura occidental y con la agrupación unitaria de Bizancio frente a los peligros exteriores. Algo parecido sucede con el gran obispo de Africa, ya que en los momentos históricos que le tocó vivir, su persona pudo acrecentarse de tal modo que casi llega a convertirse en una figura simbólica del pensamiento latino.

Los pobres, como se ha dicho, vienen ya enfocados de modo distinto. No faltan, en uno y en otro pensador cristiano, incitaciones, y muy acuciantes, a la limosna: *Date ergo pauperibus: rogo. moneo, praecipio, iubeo*, llega a decir San Agustín en uno de sus sermones (*Serm.* 61,13)¹⁵, mientras que el Padre griego amonesta con gravedad a los habitantes de Constantinopla considerando una vergüenza que existan aún en la ciudad tal cantidad de necesitados a pesar de las veces que se ha visto obligado a exhortar a la limosna¹⁶.

También mantienen ambos la doctrina tradicional de la Patristica en lo referente a la limosna como medio de justificación: *Eroganda pecunia ut habeatur iustitia*, dice el Obispo de Africa (*Serm.* 61,4)¹⁷ y como camino normal para saldar las faltas propias y ajenas, contituyendo con ello, la limosna, un modo de aliviar las penas a pagar por los difuntos: *Neque negandum est defunctorum animas pietate suorum viventium relevari, cum pro illis sa-*

13. SCHULTZE, *Agustin und der Seelteil des germanischen Erbrecht*, en una recensión hecha por BRUCK en *ZS*, 50 (1930), p. 654 ss.

14. BRUCK, *Kirchlich-soziales Erbrecht in Byzanz Johannes Chrysostomos und die mazedonischen Kaiser*, en *Studi Riccobono* III, Palermo, 1936, página 417 ss.

15. *Obras de San Agustín X. BAC.* Madrid, 1952, p. 144.

16. *Hom.* 66,3. *Obras de San Juan Crisostomo. Homilias sobre el Evangelio de San Mateo, II. BAC.* Madrid, 1956, p. 364 ss.

17. *Obras de San Agustín, X*, p. 135 ss.

*crificium... offertur, vel eleemosynae in Ecclesia fiunt (Enquirdum, 110)*¹⁸. San Juan Crisóstomo en la *Hom. 64,5* también la enfoca desde este mismo punto de vista de la salvación¹⁹ como una verdadera devolución a Dios, fuente de todos los bienes, de algo que teníamos nosotros tan sólo a título de préstamo²⁰.

Pero lo más original, lo más novedoso en los escritos de uno y otro es que por encima de este entoque ascético y tradicional, tanto Agustín como Crisóstomo, recogen una nueva orientación mística que puede servirnos directamente para la fundamentación doctrinal de nuestra constitución justiniana. El Pobre es el mismo Cristo, misteriosamente encarnado en el necesitado. No es ya un mero representante, ni la limosna tiene un único valor de renuncia de los bienes de goce, fuente de peligros para la eterna salvación. El santo obispo africano, en el sermón 13, nos lo dice con toda claridad: *Christo das cum das egente, perdere nihil potest*, y en otra ocasión (*Serm. 60*)²¹, comentando el evangelio de San Mateo (25, 31 ss.) pasaje preferido en las Homilias del Padre griego (*Hom. 50, 4* y *79.1*)²², considera que el pobre es una pura apariencia material de Cristo que es quien recibe nuestra limosna. La limosna es el acto cristiano más importante y aventaja a cualquier otra donación pía, incluyendo las destinadas al culto divino de las iglesias (*Hom. 50,4*) y a la adquisición de riquísimos vasos sagrados (*Hom. 80,2*)²³.

La plasmación jurídica de la limosna, la determinación del *quantum* parece ya vislumbrarse en las homilias del Crisóstomo, en las que se insinúa una cuota fija de 1/3 (*Hom. 88,3*)²⁴ y en alguna exhortación a la generosidad de los fieles, aparentemente al menos, un poco sordos a sus llamamientos (*Hom. 64,3*)²⁵. El consejo del obispo de Constantinopla es considerar a Cristo coheredero en una tercera parte²⁶.

18. *Obras de San Agustín IV. BAC.* Madrid, 1958, p. 618.

19. *Ob. cit.*, p. 330 s.

20. *Hom. 66,5* y *77,5 Ob. cit. II*, p. 367 ss. y 542 ss., respectivamente.

21. *Obras de San Agustín. X*, p. 532 y *II*, p. 976 ss., respectivamente.

22. *Ob. cit. II*, p. 81 ss. y 565 ss., respectivamente.

23. *Ob. cit. II*, p. 82 y 585 s., respectivamente.

24. *Ob. cit. II*, p. 706.

25. *Ob. cit. I*, p. 861 s.

26. BRUCK cree que la doctrina de S. Juan Crisóstomo sobre la cuota fija

Lo cierto es que esta idea de la herencia, ya iniciada por Crisóstomo, toma una forma absolutamente clara en San Agustín (*Serm.* 86, 11 ss.) cuando aconseja dejar como heredero al mismo Cristo a la hora de dividir el patrimonio hereditario —*Christus filiis annumerandus in patrimonii divisione*— como si fueras un hijo más que has engendrado: *deputa te unum amplius genuisse*²⁷. Es tan persuasiva la incitación agustiniana que Schultze²⁸ ha creído encontrar aquí la fundamentación doctrinal de la famosa cuota *pro anima* que tanta vida habría de tener en la Edad Media. Sin tratar de llegar tan lejos, lo que sí parece muy claro es que de estas ideas a la institución de Cristo como heredero de la constitución del 530 no hay probablemente mucho camino que recorrer.

4. Nuestro testamento irregular menciona una segunda posibilidad: que el testador haya beneficiado en el llamamiento hereditario a un ángel o a un mártir. Muchísimo más curiosa es la fundamentación doctrinal de esta segunda parte. Desde luego que el culto a los espíritus puros intercesores entre el hombre y Dios es antiguo, ortodoxo y tradicional desde los primeros siglos. El *Pastor* de Hermas es prueba de ello²⁹, y la literatura patrística nos muestra sobrados argumentos. Sin embargo, el culto a los ángeles, sobre todo en esta época que estudiamos, donde pudo darse la profusión de estas curiosas instituciones o legados, es decir, en el siglo v, atravesó por graves momentos de peligro. El latente paganismo de tantos siglos parece que se refugió en este culto con un carácter mítico de dioses inferiores. Que el abuso no debió ser pequeño es

en favor de mandas piadosas influye de modo claro y directo en Justiniano, pero sobre todo en las Novelas del emperador León. *Ob. cit.*, p. 420 ss.

27. *Obras de San Agustín X*, p. 345 ss.

28. SCHULTZE, *ob. cit.*, p. 663 cree más segura la influencia agustiniana por lo menos en lo que a Occidente se refiere.

OTERO VARELA (*Dos estudios histórico-jurídicos*. Roma-Madrid, 1955) cree incluso que esta idea de los Padres de la Iglesia de considerar a Cristo como hijo-heredero llegó a influir en algunas instituciones familiares como la *adfiatatio*, una adopción distinta de las clásicas figuras de la *arrogatio* y de la *datio in adoptionem* y cuyos efectos se reducirían al campo exclusivamente patrimonial, ya que la idea de una patria potestad sobre Cristo adoptado por el testador sería absolutamente ilógica. (Vid. PITZORNO, *L'adozione privata*. Perugia, 1914, cit. por Otero Varela.)

29. *Padres apostólicos*. BAC. Madrid, 1950, p. 984 ss.

una muestra el Concilio de Laodicea del año 363³⁰ que manifiesta ya como una clara herejía la tendencia de muchos que en este culto se separan de las directrices de la Iglesia. Y la acusación de Teodoro de Ciro que señala el abuso de toda Asia Menor en el culto a los ángeles³¹. También Severiano de Gábalá, contemporáneo de Crisóstomo y allegado al círculo palatino de la emperatriz Eudoxia, acusa a los cristianos, recién convertidos del paganismo, de venerar a los ángeles como dioses mediadores entre Dios y la creación, dándole un papel que sólo a Cristo corresponde³².

No queda, pues, ninguna duda que se dieron filtraciones neopaganas en este culto, quizá por influencia de tipo gnóstico, y que en la profusión epigráfica representativa de los ángeles hay muchas similitudes entre los genios fúnebres alados y los evangelarios bizantinos, paganos los primeros y cristianos los segundos. Por otra parte, esto es perfectamente lógico y explicable, ya que el cambio de mentalidad pagano-cristiana no podría verificarse en un clima de absoluta asepsia, y mucho más teniendo en cuenta el ambiente tan peculiar de esta parte oriental del Imperio, desligado ya en los últimos años del siglo v del contrapeso de occidente.

Algo parecido ocurre con el culto a los mártires. Distinto, por

30. C. 35 MANSI, II, col. 570.

31. Un simple golpe de vista dice LECLERCQ (*Dictionnaire D'Archeologie Chretienne et de Liturgie*, s. v. *Anges*) es suficiente para comprender que toda la iconografía cristiana de los ángeles está inspirada en la *Niké* griega y en la *Victoria* romana. El gesto, los atributos y los vestidos responden a un mismo modelo hasta tal punto que a veces en una época histórica de coincidencia pagano cristiana es incluso muy difícil saber si estamos ante un ángel cristiano o ante una figura mítica pagana. Esto sucede frecuentemente con los restos arqueológicos del s. II y sobre todo del III. Cita este autor y compara un ónice tallado con la anunciación a María de esta misma época, en la actualidad en el *British Museum*, en el que el arcángel es absolutamente igual a un eros pagado existente en el museo de Argel.

La devoción a los ángeles fue en los primeros siglos de cristianismo oficial constantemente en aumento, relacionándolo doctrinalmente con la idea de la muerte. El ángel que presenta ofrendas para inclinar la balanza del juicio en favor del difunto y el ángel pesador de las buenas obras es tema común del siglo IV y V.

La exageración de tipo gnóstico en estas devociones puede apreciarse con frecuencia en inscripciones sepulcrales de la parte oriental del Imperio.

32. QUASTEN, *Patrologia II*, Madrid, 1962, p. 509.

supuesto, al de los ángeles dentro de la mentalidad creyente de estos primeros siglos cristianos— ya que estos espíritus, por su naturaleza irrepresentable, se manifiestan siempre como algo más lejano al hombre—, el mártir está muy próximo. Tal vez sus descendientes aún vivan y las historias de su confesión y de su muerte están aún muy cercanas. La veneración a estos que murieron por la fe, perfectamente noble y ortodoxa, hubo de sufrir, sin embargo, igualmente algunas pequeñas desviaciones. No se trata ya de algunas exageraciones de acento novaciano que aparecieron ya desde antiguo. Ahora es algo más concreto. En el culto al mártir aparece también un pequeño elemento no cristiano de corte homérico: la heroización pagana, que aunque perfectamente acomodada al pensamiento cristiano, mantiene una dirección triunfalista por otra parte muy lógica y explicable desde el punto de vista cultural y humano³³.

Esta diferencia entre la devoción a Cristo, hecha caridad con los pobres, y esta otra de ángeles y mártires, con menos pureza doctrinal tal vez que la primera, se manifiesta con toda claridad en la constitución justiniana del año 530. La solución imperial, todo lo caprichosa que se quiera, nos da, sin embargo, desde el punto de vista del Derecho, una decisión absolutamente concorde con lo que acabamos de decir. Una solución representativa de la doctrina teológica imperante y del común sentir de esta sociedad cristiana prejustiniana. Lo dejado a Nuestro Señor Jesucristo habrá de repartirse entre los pobres —ortodoxia doctrinal de Crisóstomo y de Agustín—, mientras que el beneficio obtenido en favor del ángel o del mártir se destina al culto en cualquiera de los innumerables oratorios, iglesias o basílicas donde se venera el misterioso poder del ángel o el recuerdo victorioso del mártir.

33. El mismo Teodoreto de Ciro en un tono polémico defiende la veneración a los mártires cuya vida ha llegado a ser para nosotros como un símbolo. (PG. 80-84).

Para San Cirilo, patriarcas, profetas y mártires son los intercesores necesarios en el sacrificio eucarístico. *Textos eucarísticos primitivos I*. BAC. Madrid, 1952. Traducción y revisión de J. Solano, p. 329.

San Agustín también manifiesta esta admiración colectiva de la comunidad cristiana para con sus mártires y los compara con los dioses paganos en un texto muy polémico: *sicut a Moysse magi Faraonis sic eorum dii victi sunt a martyribus nostris*. (*Civitas Dei*, XXII., 9 y 10.) *Obras de San Agustín. La ciudad de Dios XVI y XVII*. BAC. Madrid, 1958, p. 1660 ss.

III. EL TESTAMENTO EN FAVOR DE CRISTO, DE LOS ANGELES O DE LOS MARTIRES EN EL DERECHO ANTERIOR A JUSTINIANO

5. Una vez colocados los fundamentos doctrinales y la canalización social lograda a través de los cauces de una comunidad cristiana íntimamente compacta, la profusión de donaciones *inter vivos* y *mortis causa*, legados, fideicomisos y herencias piadosas fue verdaderamente abrumadora. Así las historias que llegan hasta nosotros escritas por Padres historiadores, como Paladio y Sozomeno³⁴, son documentos muy interesantes y muy dignos de tener en cuenta en el estudio sociológico de este período, ya que como los fines que se propone el autor es el de la edificación de los fieles, hay un material riquísimo de hombres y mujeres que practican una beneficencia auténticamente prodigiosa.

Por si fuera poco aún tenemos otro riquísimo venero de documentos en la epigrafía cristiana que llega hasta nosotros en cantidades enormes y que constituyen un precioso testimonio, siquiera sea indirecto, de toda esta actividad cristiana del Bajo Imperio. A través de estas *laudationes funebres* tan cuantiosas vemos que los hombres y mujeres de esta época habían incorporado totalmente a su espíritu la máxima apostólica de "dar con alegría", tan en boga en toda la producción patristica de estos años³⁵.

34. La Historia eclesiástica de Sozomeno es un documento realmente interesante e inapreciable. Tiene nueve libros y por el índice de materias, ya que la obra no está acabada, vemos que alcanzaría hasta el año 439. Parece que está dedicada a Teodosio II. Un estudio bueno es el de BIDEZ: *La tradition manuscrite de Sozomene et la Tripartite de Theodore le lecteur*. Leipzig, 1908.

La *Historia* de Paladio, algo más confusa que la anterior, tiene interés para el estudio del monaquismo en Egipto. Toda la región vivió una gran espiritualidad en estos siglos y la obra es rica en ejemplos dignos de estudio. Puede verse: *Palladius. Histoire Lausiaca*. París, 1912 de A. Lucot.

35. Esta expresión y otras semejantes: *dar con corazón libre*, *dar alegremente*, *dar sin disgusto*, etc. tienen su raíz en la Escritura (*Eccli. 33. 11*) y luego en San Pablo (*II Cor. 9.7*). Aparecen manifestaciones muy parecidas en la literatura estoica, pero donde adquiere brillantez y desarrollo grande es entre los Padres. Les encontramos en la más antigua producción patristica, como el *Pastor* de Hermas (10,3,1), en San Clemente alejandrino (PG. 605-

Las sepulturas cristianas, las inscripciones de enterramientos nobles de patricios y obispos, argumentan por sí mismas de la religiosa piedad de aquella sociedad cristiana. Así, aquel matrimonio ejemplar enterrado el uno al lado del otro —*pauperebus pius, pauperebus pia*— que vivieron juntos la misma inquietud³⁶ o aquella noble romana del siglo IV, *amatrix pauperum*³⁷, o aquella alabanza magnífica de quien espera confiado en la vida futura por haber sido en la terrena *pauperibus locuples, pauper sibi*³⁸, y tantas otras en cantidad innumerable manifestando todas un mismo espíritu³⁹.

Desgraciadamente, los epitafios cristianos y sus alabanzas al difunto no nos sirven de más. Constituye una prueba indirecta. Nos asegura que esta sociedad cristiana insertó en su vida la enseñanza de los Padres y que fue pródiga no sólo en limosnas a los pobres, sino también en otras obras pías más cualificadas⁴⁰. Una prueba indirecta que cuadra muy bien con nuestra hipótesis: en un clima espiritual como éste tan encendido y tan ejemplar debió darse ya

652) y en San Juan Crisóstomo (en todos los pasajes citados en las notas precedentes se matiene esta preocupación de modo constante).

BRUCK, en su trabajo *Über römischen in Rhamen der Kulturgeschichte* (Berlín, 1954, p. 115 a 117), cita varios ejemplares de papiros en los que, en la redacción documental, se ha acogido ya esta temática general de *dar con alegría*, que pasa a ser absorbida por el *animus donandi*, casi como un elemento natural de la donación.

36. DIEHL, *Inscriptiones latinae christianae veteres*. Berlín, 1961, n. 4728 (CIL. XII. 2089 y 91).

37. DIEHL, *Inscriptiones*, n. 2148.

38. DIEHL, *Inscriptiones*, n. 1778.

39. Las expresiones epigráficas nos conducen todas a la misma idea de generosa y piadosa ayuda a los necesitados: *amicus pauperum* (DIEHL, *Inscriptiones*, n. 1269), *pater pauperum* (n. 3553), *prodiga pauperibus* (n. 1740), etcétera.

40. Otras obras piadosas entran en la mentalidad cristiana igualmente. Nobles y eclesiásticos dedican parte de sus bienes a liberar cautivos, *la xavit vincit captivos* (DIEHL, *Inscriptiones*, n. 179. CIL. XII. 489) y a todo tipo de obras pías: *pauperes patrem, hunc tutorem hab <u> ere pupilli, vidu <i>s solamente, captivis pretium, esurien <tibus>s repperit alimentum* (n. 1091).

También es frecuente el testimonio funerario que prestan algunas inscripciones de quienes en vida por cumplir un voto a santos y mártires elevaron iglesias y construyeron oratorios (nn. 1786, 1803, 1919 y otras muchas).

—y con cierta frecuencia— el testamento irregular, objeto de la preocupación legislativa de Justiniano.

Ausente todavía el cauce jurídico que crearía después, aunque de un modo impreciso, la constitución del año 530 y la Novela 131, el testamento en favor de Cristo o en favor de los Santos arcángeles y mártires debería forzosamente elegir entre dos caminos: La realización de un acto jurídico elemental encajable dentro de las figuras jurídicas existentes en el Derecho romano, al cual el testador —o, en su caso, el donante, si prefería una forma *inter vivos*— tendría que añadir las cláusulas o condiciones⁴¹ necesarias para garantizar el cumplimiento futuro de los herederos o bien la realización de un negocio absolutamente fiducial e incluso teóricamente nulo, supuesto, por otra parte, nada infrecuente dada la mentalidad que puede observarse en toda la época prejustiniana⁴².

A. NEGOCIOS JURÍDICOS UTILIZABLES EN EL DERECHO ROMANO POSTCLÁSICO.

6. En el Bajo Imperio, si el papel de la legislación imperial es manifiestamente considerable, junto con ella va a actuar en un puesto importante la doctrina. Esta jurisprudencia anónima y escolástica, que en su manejo de las fuentes antiguas dará pie a la formación de un Derecho romano muy peculiar, es muchas veces orientadora de la propia actividad legislativa del emperador, que no viene sino a consagrar, muchas veces, figuras jurídicas creadas o puestas en boga por la práctica notarial. Precisamente en el campo que estudiamos vamos a encontrar muchos casos en los que la

41. ARCHI, *Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione de Giustiniano*, en *Studi Betti II*, p. 31 ss.

LEVY: *Zum Wesen des Weströmischen Vulgarrechtes*, en *Atti Congresso Intern. di Dtto. Rom.* Roma II, p. 29 ss.

VOCI: *Diritto creditario romano*. Milán, 1963, p. 629 ss.

MASI: *Studi sulla condizione nel Diritto romano*. Milán, 1966, p. 3.

42. CASAVOLA cree observar en toda la actitud, tanto legislativa como doctrinal, de esta época prejustiniana una cierta postura de hipercrítica y despectiva hacia todo el ensamblaje jurídico clásico indiscutiblemente superior al del Bajo Imperio. Por influencia de algunos Padres hay una cierta tendencia hacia el iusnaturalismo y a la Ley divina enfrentada a la humana.

La legalità per i cristiani prejustiniani, en *Labeo* 4 (1958), p. 306 ss.

norma imperial se ha producido después para lograr un encaje adecuado a una institución muchas veces desorbitada.

Así, un testamento en el que el causante quisiera beneficiar directamente a Cristo o a seres espirituales, podría ser revestido de distintas formas jurídicas, buscando un beneficiario que pudiera ser la vía para los deseos del testador. Los caminos podrían ser diversos y en todos ellos se trataría de suplir una capacidad hereditaria inexistente, problema, por otra parte, viejo en el Derecho romano. Así, podría buscarse como beneficiario de la disposición hereditaria:

a) LA IGLESIA.—Tal vez fuese el modo más normal, ya que no sólo doctrinalmente la equiparación Cristo-Iglesia es cosa absolutamente lograda a través igualmente de los escritos patristicos⁴³, sino que política y socialmente la Iglesia es la persona ideal para la realización de los deseos del difunto. Así podría ser terminativamente heredera de lo dejado directamente a Cristo. Análogamente, si el instituido fuese un ángel o un mártir, tampoco habría dificultad en la legitimación de la Iglesia, heredera no ya por razón de identidad, como en el caso anterior, sino *ratione finis*, ya que la misión de la Iglesia vendría a coincidir con los deseos del testador de promover el culto del ángel o la memoria del mártir.

Una análoga coincidencia se podía producir en el Derecho clásico con los legados y fideicomisos *ad colendam memoriam* de contenido social a que tan aficionados fueron los romanos de los si-

43. San Gregorio de Nisa (*Hom.* 1 PG. XLIV, 772) tiene una serie de expresiones muy directas sobre la identidad de Cristo-Iglesia basada en la doctrina del Cuerpo místico.

Orígenes, dice que la Iglesia es el cuerpo de Cristo y los miembros de ese cuerpo, considerado como un todo, son los creyentes (*Contra Celso.* 6,48).

Toda la doctrina eclesiológica de la escuela alejandrina daría pie de un modo claro a esta equiparación. Puede verse HODZGA: *Die Lehre des Origenes über den Primat Petri und die Orthodoxen*, en *Theologie und Glaube* 29 (1937), p. 431 ss.

ROBERTI: *Il corpus mysticum nella storia della persona giuridica*, en *Studi Besta* 4. Milán, 1939, p. 35 ss.

EHRHARDT: *Das Corpus Christi und die Korporationen im Spät-römischem Recht*, en *ZS.* 70 (1953), p. 299 ss. y 71 (1954), p. 29 ss.

ORESTANO: *Il problema delle fondazioni in Diritto romano*. Turín, 1959, página 149 a 152.

glos II y III. El legado dejado a una ciudad con el fin primario de conservar el recuerdo del difunto solía coincidir en esta época con obras de ornato y cultura, juegos o prestaciones alimentarias que venían a ser precisamente fines municipales de las *civitas* en cuanto tal (D. 30. 117 y 122).

Por otra parte, la capacidad hereditaria de la Iglesia está fuera de toda discusión a partir de julio del 321: *Habeat unusquisque licentiam sanctissimo catholicae venerabilique concilio decedens bonorum quod optavit relinquere*⁴⁴. Si Constantino se refería en esta constitución a la Iglesia como ente universal o si, por el contrario, en la mente del legislador se tenía en cuenta algo más reducido, concretamente la iglesia episcopal con su territorio anejo, es un problema discutido e interesante, ya que la personalidad de la Iglesia será un eslabón importantísimo para la aparición conceptual de la Persona jurídica⁴⁵. Sin embargo, debemos pasarlo por alto, dado que nos alejaría del tema que nos hemos propuesto.

Supuesto que la Iglesia podría ser la beneficiaria de este testamento en favor de Cristo o los ángeles, no habría ninguna dificultad en utilizar todo el juego del Derecho hereditario romano para que el testador pudiera concretar algo más, estableciendo, por ejemplo, una carga modal. Dada la garantía moral que presta la Iglesia y que su propia organización interna ofrece, supondría para los fieles una salvaguarda más que suficiente de sus intereses, aun para el testador más desconfiado.

Teniendo en cuenta el prestigio y la fuerza de la Iglesia joven, seguramente no se pondría ninguna garantía caucional ni de otro tipo. Muy posiblemente el sistema, tratándose de la Iglesia, sería el de absoluta libertad o, todo lo más, una indicación a semejanza de carga modal y que seguramente ni llegaría a serlo. Más bien el

44. C. Th. 16.24. y C. 1.2.1.

45. KASER (*Das römischen Privatrecht II*. Munich, 1959, p. 106) cree que Constantino se refiere a un *corpus* único y no a la pura reunión de fieles. De la misma opinión es BONFANTE: *Corso di Diritto romano VI*. Roma, 1930, p. 322.

DUPONT en un reciente trabajo. *Les donations dans les constitutions de Constantin*, en *IURA*, 15 (1964), p. 68 s., mantiene que la ley se refiere a las iglesias individualmente consideradas y no a la personalidad universal de la Iglesia.

defecto de este tipo de delación hereditaria sería de signo contrario: una cierta indeterminación del tipo de culto, honras o actos litúrgicos o, lo que sería más grave, una imprecisión del *quantum*. Las normas orientadoras de la jurisprudencia romana nos serían de mucha utilidad en este caso: lo que el testador venía haciendo en vida, según la opinión de Ulpiano (D.33.1.14), o el *ex dignitate personae statuit oportebit*, que aunque según Ferrini⁴⁶ es una interpolación justiniana, bien sería posible que constituyese una regla interpretativa de estos siglos. Por otra parte, abundan entre los juristas romanos reglas parecidas⁴⁷.

7. b) OTROS ENTES MORALES.—Otras personas jurídicas —aunque siempre la preferida sería la Iglesia— podrían cumplir para el testador la misión de hacer de cauce al testamento piadoso. Los entes morales tienen siempre la ventaja de la duración, y si la voluntad del causante exigiera un cumplimiento prolongado, el único camino aconsejable y seguro sería buscar como heredera una persona también de vida prolongada⁴⁸. Aun en el supuesto de una disposición testamentaria cuyo gravamen modal benéfico o de culto no requiriese esta perpetuidad, siempre daría más seguridad un organismo colectivo, tal vez más alejado de posibles defraudaciones o malversaciones.

Estos organismos colectivos —municipios o *collegia*— salvo los de origen claramente religioso o eclesiástico, no tienen unos fines corporativos que puedan coincidir con los piadosos deseos del testador, como ocurría en el caso de la Iglesia heredera. Sin embargo, siempre se podría —y más en esta época— abrir un cauce psicológico convirtiendo el acto de culto o la limosna en nombre de Cristo, si así era la caga modal, en una realización de carácter social o político-religioso que afloraría con facilidad en la capacidad

46. MOMMSEN. Digesto, ad h.t.

47. Encontramos en la compilación justiniana muchos criterios para investigar la voluntad del testador. La propia actuación del testador o su conducta (D. 32.99. pr. y 34.1.15.1.), sus criterios administrativos (D. 32.91.3-6), sus usos personales (D. 34.2.19 y 33), sus posibilidades económicas, *ex facultatibus defuncti* (D. 34.1.22. pr. etc.).

La jurisprudencia tardía parece conservar criterios parecidos en materia de legados. *Pauli Sent. III*, 4.50 ss.

48. D. 33.1.23. (Marciano, 6 *inst.*)

emulativa tan característica entre ciudades, aldeas o asociaciones rivales. Creemos que esto podría ser más que suficiente para la tranquilidad del testador.

Aún quedaría en pie, sin embargo, el problema jurídico de la capacidad hereditaria. Las normas clásicas no serían lo suficientemente claras por corresponder a una época en la que la personalidad de municipios y *collegia* aún estaba en formación. Es verdad que el S. C. Aponiano (117 ó 123 d. C.) abrió el camino a los fideicomisos *omnibus civitatibus, quae sub imperio populi romani sunt* ⁴⁹, pero no es posible con absoluta certeza saber si en el Derecho clásico se llegó a más. Muy posiblemente sí, y las ciudades tuvieron capacidad de ser instituidas, pero por el camino del privilegio y la concesión *ad casum*.

¿Qué ocurrió en el Bajo Imperio? Quizá ya muy atenuada y más teórica que real subsistiría esta dificultad de nombrar heredera a una ciudad, como parece deducirse de la norma contenida en el *Codex* (6.24.12) en que la constitución del emperador León del año 469 aún conserva un cierto matiz de algo privilegiado ⁵⁰.

La misma o mayor dificultad tendríamos para los *collegia*, ya que si bien desde el rescripto de M. Aurelio ⁵¹ podían recibir legados y fideicomisos, la capacidad general, en cambio, para ser instituido heredero no aparece claramente. Tal vez si estas asociaciones fuesen de carácter religioso pudieran cubrir su incapacidad con la personalidad de la iglesia episcopal en cuyo territorio estuviesen encuadradas ⁵². De todos modos este empuje jurídico en pro de los entes colectivos se fue abriendo camino a lo largo de estos siglos quizá utilizando las mismas costumbres locales ⁵³.

49. *Ep. Ulp.* 24.28. En la compilación justiniana D. 36.1.27.

50. C. 6.24.12: *Hereditatis vel legati seu fideicommissi aut donationibus titulo domus aut annonae civiles aut quaelibet aedificia vel mancipia ad ius inclitae urbis vel alterius cuiuslibet civitatis pervenire possunt.*

51. D. 34.5.20 (21). (Paulo 12, *ad Plantium*.)

52. STEINWENTER: *Die Rechtstellung der Kirchen und Klöster nach den Papyri*, en *ZS.* Kan. abt. 19 (1930), p. 29 ss.

HAGEMANN: *Die Stellung der Piae Causae nach justinianischen Rechts*, en *Bassler Studien zur Rechtswissenschaft*, 37 (1953), p. 76 ss., a través de una rec. del propio STEINWENTER, en *ZS.* 71 (1954, p. 493 ss.).

53. Vid. *infra.*, p. 37 ss.

En cuanto a los establecimientos de beneficencia —*venerabiles domus*—, semilla de las modernas *rerum universitates*, seguramente no pudieron ser solución adecuada para el testamento que estudiamos, ya que hasta la segunda mitad del siglo V no hay constancia alguna de ellos en las constituciones imperiales, y aun así dejan bastantes dudas en su interpretación⁵⁴. Sin embargo, si fue posible como solución *inter vivos* porque, según parece desprenderse de la constitución de Zenon contenida en C.I.2.15, es posible la donación de muebles o inmuebles, incluso por pura promesa, a un mártir, apóstol, profeta o cualquiera de los santos ángeles. Lo interesante de esta ley es que admitiendo la donación con fines de culto y honor religioso en favor de estas personas celestes, tanto si su oratorio está comenzado como si no, nos abre indirectamente una posibilidad insospechada y que adelanta en sesenta años a Justiniano: si la donación la reciben estos seres sin un soporte físico de *domus* o *eukterion* es que o bien admitimos los puros fondos patrimoniales autónomos o bien estos seres tenían capacidad de adquirir, al menos las donaciones.

8. c) EL OBISPO O EL HEGUMENOS.—Intermedio entre la persona física y la persona jurídica, cabría dejar como heredero al obispo, al hegumenos, al abad de un monasterio o a un patriarca. La persona concreta que ostente el cargo sería tomada instrumentalmente como órgano de continuidad si esto preocupaba al testador. Nos dice Steinwenter⁵⁵ y Hagemann⁵⁶ que muchas veces fueron utilizados como medio jurídico de cumplir un fin piadoso, siendo propiamente un *executor*, pero instituido heredero, lo cual ponía en sus manos la legitimación activa de las acciones y no el mero control religioso que de hecho iban ejerciendo sobre todas las disposiciones de tipo piadoso.

La garantía moral estaba también satisfecha, muchas veces aun

54. En el año 455, los emperadores Valentiniano y Marciano admiten el testamento en favor de los pobres (C. 1.3.24). La constitución es muy poca explícita para ser la primera.

Análogamente las constituciones del año 472 de enero (C. 1.3.34 (35), abril (C. 1.3.32 (33)) y junio (C. 1.3.31 (32)), que parecen aludir a los establecimientos nos dan pie más que a conjeturas.

55. STEINWENTER. *Ob. cit.*, p. 28 ss.

56. HAGEMANN. *Die Rechtliche Stellung*, en *RIDA*, p. 275 ss.

sin especificar un *modus* en el testamento, ya que el obispo o el eclesiástico, tanto por el derecho conciliar interno de la Iglesia⁵⁷ como por las normas seculares de los emperadores, deben dedicar su vida y sus bienes a atender a los necesitados, según se desprende de la constitución del emperador Constancio contenida en el *Codex Teodosiano* (16.2. 10 y 14)⁵⁸.

Existen precedentes clásicos de una continuidad semejante producida por el cargo, en un caso que nos cuenta Scaevola⁵⁹, Attia deja un fideicomiso constituido por una serie de rentas. El beneficiario es el sacerdote de un templo, y la duda surge en el mismo sentido con relación a la continuidad. El jurista intenta interpretar la voluntad de la testadora suponiendo que el fideicomiso se debe al *officium* más que a la persona física y, por tanto, las rentas serían perpetuas.

Finalmente, hemos de aclarar que en este examen somero de los caminos legales para encajar el testamento en favor de Cristo la intervención del obispo se daría siempre, variando sólo el título de la misma. Unas veces actuaría como administrador-ejecutor, cuando los beneficiarios llamados fuesen la Iglesia o cualquiera de los entes menores eclesiásticos, y otras veces como heredero y propietario, si había sido él la persona llamada. Hemos de entender que aun en este caso estaríamos ante un fideicomiso tácito de naturaleza más bien moral, como una especie de *mandatum post-mortem* teóricamente ineficaz según el Derecho vigente, obligándose sólo el obispo heredero a destinar los bienes recibidos a los fines previstos, por una pura obligación de conciencia.

9. d) LA PERSONA FÍSICA.—Sería, sin duda, el sistema más pobre e inseguro. En efecto, al utilizar a una persona física como vía del testamento pío, los recursos cautelares tendrían que jugar un papel mucho más importante.

Creemos que cabrían quizá dos posibilidades. Un heredero (o legatario) de confianza y como en el supuesto examinado anterior-

57. Es doctrina común en todos los Concilios provinciales de la Iglesia de estos siglos. Así puede desprenderse claramente de los cánones del Concilio de Cartago (a. 419), de Ctesifonte (a. 405) y el Vasense (a. 422). *MANSI*.

58. MOMMSEN cree que la constitución de C. Th. 16.2.10, no es de Constancio sino de Constantino (*Codex Th. de h. l.*).

59. D. 33. 1. 20.1.

mente un auténtico heredero ante la ley, ocultando un fideicomiso tácito. Los bienes hereditarios son suyos, pero sólo ante el Derecho. Ante Dios, ante la sociedad cristiana y ante la propia conciencia los bienes son de Cristo heredero y el destino más o menos concretado ⁶⁰.

El segundo supuesto sería el de un heredero (igualmente un legatario) con una carga modal. Aunque teóricamente o sustancialmente, lo mismo que en el caso anterior, en la práctica jurídica es bien distinto, ya que los medios cautelares son más asequibles. A veces la distinción de una y otra figura no sería cosa fácil. Habrá que estar a la intención del testador y, en todo caso, si la carga modal fuese tan grande —como ocurriría la mayoría de las veces— que agotase el caudal hereditario o el legado, estaríamos probablemente más bien en el primer caso.

Los caminos jurídicos para sustraer del campo religioso o moral la obligación del heredero de confianza no serían fáciles. Por ello este camino, aunque seguramente no fue extraño, dado el alto clima espiritual del momento, sólo sería recomendable *ad casum e intuitu personae*. El heredero de confianza es en realidad un *nudus minister*, pero jurídicamente será complicado encontrar un medio coactivo adecuado que le obligase a cumplir la voluntad piadosa del difunto. Creemos que no habría más camino que la coacción *extraordinem*, nada rara en esta época.

Algunos casos se dan en el Derecho clásico propuestos por la jurisprudencia cuando no hay camino expedito para un medio litigioso ordinario. Así, Ulpiano (D.11.7.14.2) admite la coacción extraordinaria del pretor —a *praetore compellendum eum*—, y Papiniano un sistema parecido llevado a cabo por la autoridad civil

60. Muy posiblemente en los primeros siglos cristianos no fue posible otro sistema para encauzar las disposiciones *mortis causa* e *inter vivos* que tuviesen un fin piadoso, que este de persona *interpuesta* o *de confianza* que debió desempeñar un papel inapreciable en los años de iglesia oculta.

Son interesantes los estudios de SALEILLES, *L'organisation juridique des premières communautés chrétiennes*, en *Mélanges Girard* II, París, 1912, página 469 ss. y MONTI, *Collegia tenuiorum e la condizione giuridica della proprietà ecclesiastica nei primi tre secoli del cristianesimo*, en *Studi Riccobonno* III, p. 69 ss.

o pontifical *principali vel pontificali auctoritate* (D.5.3.50.1). Hay también otros ejemplos, pero no son tan explícitos⁶¹.

Este camino extraordinario no sería difícil durante esta época política. Tanto la autoridad imperial como la eclesiástica podrían vigilar y controlar estas herencias y legados. El papel del obispo en este campo fue creciendo durante todo el siglo IV y V hasta quedar legalmente fijado en la constitución de León del año 468 (C.1.3.28) que legitima para esta misión al obispo del domicilio del testador⁶².

Algo más fácil que este camino del heredero de confianza es el otro del heredero o legatario modal⁶³, ya que los ejemplos clásicos son muy numerosos y las soluciones muy variadas. La obligación que supone el *modus*, todo lo imprecisa que se quiera, no es como la anterior y la garantía jurídica es mayor. Por ello, una vez aclarada la carga modal, se podría llegar a exigir una *cautio*⁶⁴ o in-

61. D. 34.1.17 (Scaevola, 19 dig.) y D. 40.4.17.1 (id., 27 dig.).

62. En esta constitución de León se establecen ya los cimientos de una peculiarísima acción popular, que legitima a cualquier persona para exigir el cumplimiento de la manda piadosa —*universi, qui id quocumque modo cognoverint*— (C. 1.3.28.5). Aún no está en esta ley muy claro su carácter que se desarrollará más tarde en las constituciones justinianas del año 528 (C. 1.3.41 (42) 28-29) y del año 530 (C. 1.3.45 (46) 6-7).

63. Podría ser utilizada igualmente una condición, pero dada la naturaleza de los actos jurídicos *mortis causa* se observa una tendencia general en la jurisprudencia romana en favor de soluciones menos rígidas de tiro cautional, que más tarde dará pie a la formación de la figura jurídica del *modus* aplicable en aquellos casos de cargas religiosas, de vanidad, honor, etcétera (D. 35.1.80).

Condición parece la impuesta por el testador en D. 33.1.21.3. La jurisprudencia postclásica es verdaderamente quien laboró la doctrina del *modus*, como figura separada de la condición. Se encuentra abundantemente en muchos de los negocios *mortis causa*, con piadoso contenido *The journal of juristic Papyrology* 7-8 (1953-54), 229.

64. La *cautio* es un sistema bien preciso que reviste de acción y legitima al interesado para exigir el cumplimiento deseado. La manera coactiva de llegar a ella difiere en las distintas soluciones previstas por los juristas clásicos, pero siempre dentro de una relación litigiosa. Así Nerva y Atilicinus, citados por Valente en D. 32.19 se muestran partidarios de la *denegatio actionis* —*negandam tibi actionem, si non caveas heredi futurum*— en cambio Juliano en sus *Digesta* se decide por la *exceptio*: *exceptionem doli mali obs-*

cluso ya, en esta época postclásica, la propia *actio praescriptis verbis*⁶⁵ podría ser utilizada para forzar al cumplimiento de la voluntad del difunto. Todo ello sin contar con la *actio familiae erciscundae* cuando hubiese más de un heredero y uno de ellos estuviese gravado con la carga piadosa⁶⁶.

El testador, antes de abandonar este mundo, puede reforzar, si quiere, el futuro cumplimiento imponiendo al heredero o legatario modal un juramento. Pudiera ser una solución religiosa; sin embargo, en el Derecho clásico más puro no fue nunca la jurisprudencia muy partidaria del juramento vinculante de una conducta futura, tal vez por un concepto peculiar de la libertad humana, tal vez por razones de tipo religioso. Al menos esa parece ser la opinión de Juliano (D.35.1.26.pr), aunque Paulo diga, por otra parte, que dicho juramento como condición para ser legatario no es imposible (D.35.1.97).

Aún nos quedaría un nuevo sistema vinculante impuesto por el testador, para caso de no cumplimiento del gravamen modal: la multa testamentaria. Tal vez en un caso como este podría ser utilizado. Se encuentran ejemplos en las fuentes; así, en los comentarios de Pomponio *ad Sabinum* (D.35.1.6) y en los *Digesta* de Alfenio (D.35.127) podemos observar esta práctica cautelar. No debió ser extraña esta multa en la práctica negocial *mortis causa*, ya que tenemos huellas de la misma en fuentes literarias⁶⁷ y en inscripciones⁶⁸. La multa a pagar por el heredero, por el legatario

taturam, nisi caverit (D. 40.5.48). Otros supuestos de denegatio en D. 5.3.5 pr; 5.3.43 y 34.9.24.

65. Pomponio en sus *libri ad Q. Mucium* habla de una acción que serviría directamente para hacer cumplir el gravamen modal —*actionem habebitis*—. Esta acción que, en la primera redacción del precepto sería posiblemente una acción *in factum*, pasará a través de la jurisprudencia posterior de la época postclásica a constituir la nueva forma de la *actio praescriptis verbis* (D. 33.1.7).

66. La *actio familiae erciscundae* de la que tanto Pomponio (D. 33.1.7) como Ulpiano (D. 10.2.18.2) y Paulo (D. 10.2.44.8) hablan, fue posiblemente muy utilizada en las cargas modales adjudicables a alguno de los coherederos.

67. Cicerón. *Verr.* 2.8.21 y 2.9.25.

68. *Testamentum civis romani galli(-)cae nationis. Fontes Negotia*. Arango Ruiz p. 142 (CIL. XIII, 5708). Es uno de tantos ejemplos a citar.

o por quien se lucre con la disposición testamentaria⁶⁹, la relaciona Pernice⁷⁰ con la fuerza de la *lex privata* que todo testamento supone originariamente. Sin embargo, la jurisprudencia postclásica no fue muy partidaria de un legado que tuviera como *causa legati* sólo la pena (*Ulp.Reg.* 24.17).

10. Quedaría aún un importante cabo suelto, al menos en algunos supuestos: la continuidad. En efecto, el testamento piadoso, tanto si entrara por el cauce de la limosna como si se acomodara a la realización de un culto religioso periódico, requeriría en la persona gravada una serie de prestaciones sucesivas a lo largo de los años.

Si el sistema elegido por el testador fue el legado de renta, habiendo manifestado una carga modal o un destino concreto a los bienes, en la hipótesis que examinamos de una persona física instrumental, la continuidad podría verse seriamente afectada, ya que límite máximo admisible sería el de la propia persona del legatario⁷¹. A diferencia de lo que sucedía con *civitates* y *collegia*, aquí la solución es más difícil. El convertir en perpetuo un legado de renta aún no es posible en esta época, la transmisión de la obligación de pagar la renta periódica a los herederos del heredero será obra de la legislación justiniana (C.6.37.22, a. 528).

La práctica pagana religiosa para supuestos de honras fúnebres había ideado un ingenioso sistema aparentemente complicado y que nos relata Scaevola (D.33.2.34.pr 18 Dig.). Se trata de una especie de fideicomiso de familia en el que el testador constituye una comunidad de libertos y libertas que mantendrán el culto. Al final, muerto el último, la ciudad de Arlés adquirirá, con el beneficio económico, la carga religiosa⁷². Este sistema debió de extenderse

69. ... *ab herede vel legatario vel eo qui ex ultima voluntate aliquid lucratur...* (Pomponio, 3 ad Sab. D. 35.1.6).

70. *Labco III*, p. 44.

71. *In singulis annos relictum legatum simile est usui fructui, cum mortis finiatur, sane capituli deminutione non finitur, cum usus fructus finiatur...* D. 33.1.8. Gai, 5 ad leg Iul. et Pap.).

72. Es una muestra admirable del ingenio humano este precepto nacido de la misma vida jurisprudencial. Cuando está en juego algo tan vital para el sentimiento religioso pagano de inquietud ante la muerte, como el deseo de escapar de la masa anónima de los *manes*, trata la mente jurídica de buscar por todos los medios una prestación continuada *post mortem*. Piensa, en

considerablemente, ya que son cientos las inscripciones en las que aparece este curioso método de continuidad, no sólo entre los paganos⁷³, sino también entre los cristianos que igualmente desean una prestación *post mortem* consistente en culto religioso con continuidad⁷⁴.

Por fuerza y siendo tantas las dificultades que ofrece el encauzar el testamento religioso a través de una persona física, la mayoría de las veces se acude a un sistema mixto y en el que tanto el cumplimiento como la continuidad quedan suficientemente garantizados. El gravamen religioso tomando la forma de condición origina una *traslatio legati* en favor de una ciudad, con lo cual si junto con el gravamen o las ceremonias religiosas, normalmente fúnebres, hay algún beneficio para el legatario, la mera amenaza de perder el beneficio obliga a cumplir, y al final siempre la duración perpetua del municipio asegurará el culto para siempre. D'Ors

efecto, el romano de esta época que la única liberación de la tremenda igualdad de la muerte es la pervivencia a través del recuerdo de los suyos, de familiares, amigos y vecinos, los cuales en las periódicas honras fúnebres *in die natalis* serán los instrumentos de su propia inmortalidad como *persona individual*.

De ahí esta curiosa comunidad religioso-pagana de libertos agradecidos, que se repite con tanta frecuencia en las fuentes jurídicas y epigráficas.

Por no citar más que algunos: D. 34.1.18; 34.5.11; 35.108.

73. Por elegir tan solo un ejemplo más cercano a nosotros, podemos recordar la fundación sepulcral de Tarragona, en la que los libertos Marulo, Antroclo, Helena y Tertulina reciben de su patrono la sepultura y los territorios anejos, con prohibición de enajenarlos. Aunque en la inscripción no se habla para nada de honras fúnebres, muy posiblemente estaría subyacente en la misma. *CIL. II*, 4332.

D'Ors, *Epigrafía jurídica de la España romana*. Madrid, 1953, p. 410 ss. Sobre una inscripción de Ostia con la originalidad de emplear el legado de usufructo, puede verse DE VISSCHER, *Le droit des Tombeaux romains*, Milán, 1963, p. 239 a 251. También LUZZADO y D'ORS en *SDHI* de 1951, p. 308, y 1954, p. 481, respectivamente.

74. DIEHL, *Inscriptiones*, n. 348. Esta inscripción, por las palabras utilizadas —*somno aeternali*— hace pensar a algunos autores que tal vez no sea cristiana (*CIL. VI*, 9077). En la n. 3201 (*CIL. XIV*, 1908) varios libertos-herederos cuidan de la sepultura de un anciano patrono difunto.

examina un caso de este tipo en una inscripción hispana ⁷⁵ de Barcelona en la que el municipio sustituto es la ciudad de Tarra-gona. También la *translatio* puede hacerse en favor de una persona jurídica no municipal, vg., un *collegium* ⁷⁶.

11. c) OTRAS POSIBLES SOLUCIONES.—Aunque aparentemente pudiera aparecer como algo forzado, quizá pudiera ser un camino para instituir heredera a la Divinidad, la norma clásica de instituir herederos a los dioses.

El precepto es poco concreto. Su primera manifestación histórica la pone Haenel ⁷⁷ en el siglo I, siendo Augusto emperador, por la referencia que nos hace Dion Casio (55,2), y la segunda expresión, deducida de las *regulae* de Ulpiano (22.6), la sitúa alrededor del año 123, bajo el reinado de Adriano ⁷⁸. Son indiscutiblemente años muy interesantes en la evolución cultural del pensamiento romano. En ese período de tiempo de más de un siglo de duración, el Derecho, la Religión, las estructuras sociales y la psicología romana ante la vida ultraterrena han sufrido cambios serios y han estado sometidos a influencias muy diversas.

Desde el punto de vista puramente jurídico, la relajación de los antiguos dogmatismos ante la capacidad hereditaria, presenta las suficientes fisuras en las antiguas y monolíticas concepciones para que pueda ser posible instituir como herederos a los dioses. La norma clásica presenta todavía, en su redacción, un aspecto negativo. En efecto, el texto ulpiano dice expresamente: *Deos heredes instituere non possumus*, admitiendo a continuación las posibles excepciones ⁷⁹.

Parece lógica a Scialoja ⁸⁰ esta formulación negativa debido al

75. D'ORS, *Epigrafía*, p. 420 ss.

76. En *CIL*. XI, 1, 1436, un *collegium* —los *fabri navales* de Pisa— será sustituido por otro, el de los *fabri Tignarii*.

77. *Corpus Legum ab imperatoribus romanis*, E. 15.

78. *Corpus Legum*, E. 86.

79. Ulp. Reg. 22.6. *Deos heredes instituere non possumus, praeter eos, quos senatusconsulto constitutionibus principum instituere concessum est, sicuti Iovem Tarpeium, Apollinem Didymacum Mileti, Martem in Gallia, Minervam Iliensem, Herculem Gaditanum, Dianam Ephesiam, Mater Deorum Sipylenem, quae Smyrnae colitur, et Caelestem Salinensem Carthagini.*

80. *Se gli Dei potessero istituirsi credi nel Diritto classico romano*, en *Studi II*. Roma, 1934, p. 241 ss.

concepto mismo del testamento romano implicado en su original sentido de jefatura doméstica; jefatura, por otra parte, incompatible con un heredero divino.

La norma de Ulpiano es interesante⁸¹. Posiblemente por ser tardía recoge el momento histórico de la relajación de los antiguos principios rígidos y dogmáticos. Es, indudablemente, una coyuntura preciosa, porque aunque puedan darse normas abusivas o caprichosas por parte del órgano legislativo imperial, en cierto modo inevitables dadas las características críticas del momento, hay en cambio una benéfica evolución institucional en muchas figuras jurídicas. Mucho se nota este cambio en el Derecho hereditario romano en este instante en el que la institución de heredero comienza a gravitar más sobre lo patrimonial que sobre el antiguo elemento personal. Con ello, muchos de los antiguos axiomas primitivos, e incluso meta-jurídicos, vienen por tierra, dejando a la jurisprudencia romana clásica una amplia libertad creadora.

Estos momentos previos a la aparición de figuras como la Persona jurídica patrimonial, la futura *universitas rerum*, tienen interés porque podemos examinar sus características embrionarias. En efecto, parece que con la institución a los dioses-herederos subyace propiamente una forma fundacional: unos bienes destinados al culto e incluso este mismo fin se podría haber conseguido por otros caminos indirectos.

Lo cierto es que en estos momentos de menor rigidez, abierto el camino de la excepción a lo que fue regla prohibitiva, quizá por razones muy distintas⁸² comienzan a admitirse legalmente a estos herederos divinos que sirven de puente y espera, entre tanto nace la personalidad de los entes patrimoniales.

81. La redacción del precepto ulpiano de la *Regulae* presenta una claridad mayor que lo que nos llega a través de Dion Casio que parece enfocar este asunto mucho más ligeramente y sólo a través de la capacidad concreta del *ius trium liberorum*.

82. SCIALOJA (Ob. cit., p. 244 s.), cree que el Derecho romano admite la capacidad hereditaria de los dioses, sólo por razones políticas ya que por lo menos la institución de heredero no puede conciliarse con este tipo de llamamiento.

GIRARD (*Manuel elementaire de D. rom.* 6.^a edición. París, 1918, p. 834) ve principalmente razones económicas en este tipo de institución, para poder allegar recursos a determinadas divinidades peregrinas.

Pero la cuestión para nosotros es preguntarnos si sería posible, dentro de esta mentalidad cristiana y postclásica que venimos estudiando, utilizar esta vía pagana para dar vida jurídica al testamento en favor de Cristo o los ángeles. Tal vez a primera vista pudiera aparecer como repugnante a la ideología cristiana esta equiparación. Sin embargo, seguro es que se dio, o al menos pudo darse, esta utilización de la norma de Ulpiano por la jurisprudencia, porque encontramos la huella indeleble de la mano compiladora en un texto. En efecto, la rectificación de una palabra de Paulo en su comentario a la ley Falcidia⁸³ es bastante expresiva. Es verdad que el precepto se refiere concretamente a los legados a los dioses, pero lo mismo podría decirse de la institución de heredero. El texto rectificado —Dios, en lugar de dioses— permite a la sociedad cristiana encajar sus deseos religiosos.

VOCI (*Diritto creditario romano. I.*, Milán, 1960, p. 405) lo considera sólo como un camino elegido para suplir la falta de personalidad jurídica de los templos, en esta época.

PERNICE (*Labco I*, p. 260 s.) entiende que no son exactamente personas *incertae* en su sentido estricto, ya que su identidad está perfectamente determinada por su asentamiento en un templo. Cree, más bien que se trata de un caso de incapacidad material de aceptar la herencia *cum cretione*. Para ciertos casos, como son las divinidades extranjeras hay que acudir a un privilegio-ficción. El sacerdote o el guardián del templo actúa en nombre de la divinidad representada, pero tratándose de un privilegio sólo se concederá a aquellos dioses que como las personas terrestres tengan el *ius liberorum* (Dion Cassio, 55,2).

Esto se aplicaría tan sólo para los dioses extranjeros de la lista ulpianea. Quizá los dioses romanos fuesen todos capaces con una personalidad extendida del *populus romanus* por tener los mismos fines.

KARLOWA (*Römische Rechtsgeschichte II*, Leipzig, 1892, p. 61) parece que lo entiende como un problema de hecho. Los dioses han de tener bienes para atender a su culto. Si no los tienen y si no hay un colegio a ellos dedicado, la ciudad habría de cubrir con sus bienes los gastos de culto: *sacra popularia, quae omnes cives faciunt*.

MOMMSEN (*Römisches Staatsrecht*. Traducción francesa de HUMBERT VII, p. 250 ss.) ve en la admisión de divinidades extranjeras un problema fundamentalmente político. GUZZI (*Miti e politica nella capacità sucesoria del populus romanus*, en *Labco 8* (1962), p. 174, n. 18) hace un estudio de tipo general.

83. *Ad municipium quoque legata vel etiam ea, quae deo relinquuntur, lex Falcidia pertinet.* D. 35.2.1.5.

Esta rectificación es posiblemente anterior a Justiniano y para Conrat⁸⁴ es una de tantas modificaciones de sello cristiano que no se detiene aquí, sino que seguirá más adelante hasta sacar estos legados del ámbito de la *lex Falcidia*. Se trata de una utilización analógica jurisprudencial que coloca la norma al servicio de la nueva ideología político-religiosa⁸⁵.

12. Finalmente y aunque sólo fuera para el caso concreto de un legado Cristo-pobres, es decir, encauzado por la vía de la limosna a los menesterosos, ¿cabría en esta época secularizar totalmente esta prestación piadosa periódica utilizando los caminos que se abrieron en el Derecho imperial con las fundaciones alimentarias?

Muy posiblemente, como en el caso anterior de los dioses-herederos, estas fundaciones alimentarias constituyen como los primeros balbucesos en la existencia de la Persona jurídica concebida como ficción, como un fin o destino de los bienes, en este caso el de proporcionar alimentos periódicos a niños generalmente⁸⁶.

Creemos que no sería imposible utilizar igualmente este camino también en la época postclásica para revestir de forma jurídica adecuada a nuestro testamento irregular. Los bienes que constituyen la base fundacional irían cobrando cada día más autonomía y separándose de la necesidad de una personalidad física o colectiva que los cubriera con su sombra. Con el paso de los años serían incluso reconocibles los rasgos de la moderna fundación.

84. *Der Westgothische Paulus. Eine Rechtshistorische Untersuchung.* Amsterdam, 1907, N. R. p. 65 ss.

85. La extensión analógica actuaría en este caso, aplicando el precepto dado para legados a todo tipo de adquisición hereditaria y no sólo en favor de Dios sino también en favor de otras personalidades celestes.

86. En esta curiosa figura parece ya intuirse la idea de unos bienes separados y dotados de una cierta coherencia patrimonial. Pueden verse los estudios siguientes:

SEGRE, *Sulle istituzioni alimentari imperiali*, en *BIDR* 2 (1888), página 78 ss.

D'ORS, *Epigrafía*, p. 4824 ss.

ORESTANO, *ob. cit.*, p. 263 ss.

B. NORMAS QUE PODRÍAN SER COMÚNMENTE APLICADAS A TODAS ESTAS DISPOSICIONES

13. Todas las posibles formas que hemos estudiado, unas más cómodas y seguras y otras quizá con menos seguridad, pero más concretas, fueron sin duda empleadas en esta época postclásica. Todas ellas presuponen unos principios comunes en esta etapa del Derecho romano tardío y que examinaremos rápidamente.

a) La doctrina del *modus*, como cláusula claramente distinta de la condición cuaja precisamente en esta época tardía y todo el sistema de cauciones que estudiamos al tratar de la persona física, como heredera elegida nominalmente, podría darse en todos los supuestos.

14. b) También la intervención del obispo podría tener rasgos más o menos comunes. En efecto, unas veces legitimado como representante privado —Iglesia, asociación religiosa o monasterio heredero— otras veces, el mismo como heredero fiduciario o real y siempre —desde un punto de vista más público— como ejecutor o al menos como órgano de control de todas las mandas pías. Incluso en los supuestos en los que el testador hubiese nombrado a alguien con esta misión, nadie niega esta intervención tuitiva de la autoridad eclesiástica para velar por el cumplimiento exacto de todo testamento o legado pío.

Un progresivo aumento de la competencia episcopal puede deducirse con toda claridad de toda la legislación tardía, sobre todo del siglo v, como consecuencia de un crecimiento de hecho del poder de la Iglesia en estos años. Es la propia materia religiosa, entendida, con amplitud, la que determina la competencia⁸⁷ y que el Código de Teodosio reconoce de un modo general en una constitución de Arcadio y Honorio del año 399⁸⁸.

Bussi⁸⁹ cree que puede deducir la antigüedad de este derecho episcopal a ser control de todas las disposiciones *mortis causa* de tipo piadoso por las mismas expresiones del Derecho posterior.

87. *In causam religionis episcopum convenio*. San Ambrosio (*Ep.* 17,1. *PL.* XVI, 1002).

88. C. Th. 16.11.1.

89. *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto comune* 11. Padua, 1939, p. 299 ss.

Así, en las Decretales de Gregorio IX (X.3.26, c.3) se alude a esta base antigua inicial y a las *piissimae leges* de los emperadores. Con toda certeza podemos decir que esta intervención es por lo menos indiscutible a partir del año 468 en el que la constitución de León la determina con toda claridad, aunque dé preferencia a la persona designada por el testador ⁹⁰.

Estos son tan sólo los primeros pasos. Más tarde el emperador Zenon aludirá en su constitución (C.1.2.15) a la legitimación procesal del obispo para pedir el cumplimiento de donaciones pías, y Justiniano pondrá las últimas piedras el año 530 en una constitución simultánea o casi simultánea a la que venimos refiriéndonos —C.1.2.25 (26)— que abre el cauce legal al testamento de Cristo heredero. A partir de ese momento, el papel episcopal queda definitivamente consagrado ⁹¹.

15. c) Todas las disposiciones en favor de fines píos, quedaban en principio sujetas a la *lex Falcidia*. Paulo, en su comentario a esta ley recogido en el Digesto (35.2.1.5), no exceptúa, y así lo dice expresamente, ni los legados hechos a las ciudades ni lo dejado a los dioses ⁹². Por esta misma razón, cuando el camino usado hubiera sido la institución de heredero, dispondría la Iglesia o el obispo de la posibilidad de limitar los legados existentes para retener al menos la cuarta.

Así, pues, en esta época el legado piadoso se vería limitado. Sabemos también que en el Derecho justiniano estos legados quedaron exentos de esta limitación ⁹³. ¿Cómo fue esta evolución?

90. *Vir reverentissimus episcopus exactionem habebit, sub qua vicus vel territorium esse dignoscitur...* C.1.3.28.4.

91. C.1.3.45 (46).

92. D. 35.2.1.5.

Durante toda la época de vulgarización del Derecho romano aún conservó la *lex Falcidia* su antigua relevancia. (*Gai Eipt. VI*; Ulp. Reg, 24, 32; *Pauli Sent. III*, 8), pero ya aparece como no sujeta a ella el legado piadoso *Interpretatio Pauli Sent. IV*, 3 ad. 3) (ver nota 99).

93. En la Novela 131, c. 12 se dice claramente que no se puede excusar el obligado a hacer la manda piadosa alegando la razón de la *lex Falcidia*.

Con menor claridad, pero con el mismo espíritu, Justiniano en las constituciones del año 530 C.1.3.45 (46) y del 531, C.1.3.48 (49) parece entender el papel puramente nominal del heredero frente a los auténticamente beneficiados con las disposiciones *mortis causa*.

Muy posiblemente —y aunque pudiera ser conjetural—, la novela 131 (c.12) de Justiniano no fue una norma revolucionaria, sino más bien el final de un ciclo evolutivo y ya antes, la jurisprudencia del Bajo imperio y las escuelas bizantinas habrían encontrado el cauce a la excepción.

Como siempre, este camino lo abrió también la literatura patristica de un modo indirecto. Si lo que entregamos a Cristo no tiene carácter de liberalidad⁹⁴, sino de *debitum*, tal vez no haya que hacer ningún tipo de *deductio*.

En efecto, los Padres insisten continuamente en la idea de deuda penitencial. A Cristo le debemos *ratione delicti*, como una pena a pagar por nuestras faltas, dice San Juan Crisóstomo en sus *homilias*⁹⁵, como restitución de nuestras defraudaciones⁹⁶. En todo caso no puede ser donación lo que entregamos a los pobres porque es rendición de cuentas de unos bienes que no eran nuestros, sino de Dios⁹⁷. En algunas ocasiones llega el gran predicador griego a mucho más: compara lo entregado a la Iglesia, a Cristo o a los pobres con lo que pagamos al Fisco en concepto de tributo⁹⁸.

Ante esta doctrina tan clara cabe preguntarnos si no influirán estas ideas cristianas en la mentalidad jurídica del siglo v, hasta tal punto que llegase a ver en lo dejado a fines piadoso un auténtico *legatum debili*. La Jurisprudencia postclásica fue trasladando esta doctrina a sus fuentes y en la interpretatio de las *Pauli*

94. Aunque imperfecta la técnica definitoria del jurista romano siempre entendió que en el legado había un elemento de liberalidad o donación. Así Modestino en su libro tercero de *Pandectas* dice *Legatum est donatio testamento relicta* (D. 31.36) y la definición de la *Instituta* de Justiniano nos da una idea parecida: *Legatum itaque est donatio quaedam a defuncto relicta* (I. 2.20.1).

95. *Hom.* 64,5. *Ob. cit.* II, p. 331.

96. Habla el Crisostomo del *quadruplum* debido en la defraudación comentando el pasaje evangélico de Zaqueo. *Hom.* 52,5., *ob. cit.* I, p. 119.

97. *Hom.* 77,5. *Ob. cit.* II, p. 542.

98. La línea de su pensamiento es hacer resaltar que cuando pagamos un impuesto al Estado lo hacemos para que este atienda los servicios generales del país y que mantenga un ejército de soldados que nos defiendan de los bárbaros. Al dar limosna damos algo también debido por todo lo que a nosotros nos entregó Cristo a través de la ayuda general, que la Iglesia nos proporciona. *Hom.* 66,4.

*sententiae*⁹⁹ parece dar a entender que en Derecho romano vulgar la *falcidiae deductio* no era aplicable a legados pios: *Lex Falcidia, similiter et Pegasianum senatus consultum, facta hereditarii debiti ratione et separatis his, quae in honorem Dei ecclesiis relinquuntur.*

La equiparación de estos legados al *legatum debiti* permitiría una interpretación favorable a esta tendencia aun dentro de los principios clásicos. En efecto, Marcelo, recogida su opinión en un fragmento de Ulpiano (D.30.28.1) refiriéndose a lo debido por *stipulatio*, dice: *rem quam ex stipulatu mihi debes si legaveris, utile esse legatum, ut neque Falcidia minuat.*

Todo ello sin contar con la generosa renuncia del heredero que debió ser frequentísima, dado el clima espiritual de estos años y la naturaleza peculiar de estos testamentos. Esta renuncia es siempre posible, ya que la ley falcidia se dio sólo para favorecer al heredero¹⁰⁰.

16. d) El beneficiario. Antes de que Justiniano, en su constitución del 530, destinara los bienes dejados a Cristo en testamento, a los pobres debió quedar esta distribución al arbitrio del testador y en la mayoría de los casos a la facultad interpretativa del ejecutor o del obispo.

Por supuesto, que dada la mentalidad cristiana de estos siglos IV y V, la mayoría de las veces serían también los pobres los elegidos en la ejecución. Ahora bien, ¿qué pobres? ¿Qué sucedía cuando la disposición testamentaria no fijaba el *modus* o adolecía de poca concreción? Podríamos encontrarnos con muchas posibilidades: pobres, culto, buenas obras, la propia alma del testador, iglesias ruinosas o pobres, dotes a doncellas, hospitales, asilos, redención de cautivos y tantas y tantas obras de beneficencia futuras *piae causae* del Derecho de Justiniano y de las cuales tanta constancia dejan las fuentes literarias de la época¹⁰¹.

99. IV, 3. Ad 3.

KASER-SCHWARZ, *Die interpretatio zu dem Paulussentenzen*. Köln-Graz, página. 39.

100. ... *quia ica lex heredis causa lata est nec fraus ei fit, si ius suum deminuat heres*, D. 35.2.71 (Paulo 32 (33) según Lenel) ad Ed.).

101. La patristica es también aquí fuente inagotable. Las *Historias* de Paladio y Sozomeno ya citadas en la nota 34 y las inscripciones funerarias

Creemos que si la voluntad del testador no era muy precisa, el poder de control que hemos visto en manos del obispo sería más que suficiente para hacer realidad las disposiciones *mortis causa*, unas veces con las reglas generales de interpretación y siempre haciendo uso de la propia competencia eclesiástica, cada día más reforzada también por las leyes civiles.

Puede ser que la concreción por parte del testador fuese grande, hasta tal punto que un beneficiario de tal modo individuado pudiera llegar a tener acción para reclamar a los herederos como cualquier legatario o fideicomisario. Al determinar el testador los pobres, la Iglesia concreta o el acto piadoso con todas sus características, la figura jurídica del testamento se saldría de la zona penumbrosa de la obligación moral, instalándose con toda comodidad en el ámbito jurídico como cualquier relación jurídica normal *mortis causa*. Sin embargo, la mayoría de las veces ocurriría lo contrario, siendo la libertad distribuidora cada vez mayor en la medida que las disposiciones testamentarias fueran menos concretas.

Llegando hasta el límite de inconcreción, ¿de quién derivarían entonces los derechos del beneficiario elegido? ¿Adquiriría del difunto o le vendrían sus derechos de la elección que hizo el heredero de *confianza*? Como cuestión de hecho no podría ser resuelta la cuestión, sino caso por caso. Pero con toda seguridad que muchos testamentos quedarían al arbitrio, e incluso expuestos a la defraudación de algún heredero de poca conciencia¹⁰².

También creemos que el heredero modal, o en su caso el legatario igualmente *sub modo*, dispondría de la suficiente libertad de ejecución en los casos de modo imposible o sencillamente poco convenientes. No faltan en este campo precedentes abundantes en el Derecho anterior, a pesar de que la regla general en orden a

cristianas, que podemos encontrar en la edición de DIEHL, son un testimonio elocuente de todo esto.

102. La acusación contra un eclesiástico, Ibas de Edesa, presentada en el Concilio de Calcedonia por malversación de bienes que habían sido entregados bajo la indicación fiduciaria de un piadoso destino, nos muestra que se dieron casos en los que el heredero nominal saltó por encima de las obligaciones de conciencia.

THOMASSIN. *Ancienne et nouvelle discipline de L'Eglise VII*. Bar-le-Duc, 1870, p. 88 ss.

mutabilidad del modo fue negativa¹⁰³. Sin embargo, se dieron, como decimos, esos precedentes de convertibilidad en la carga impuesta a los bienes, unas veces por pura lógica, como en el caso que nos cuenta Modestino de un testamento *ad colendam memoriam*¹⁰⁴ y otras por pura conveniencia, como en muchos casos que podemos recoger del libro 50 del Digesto y que se refieren a problemas municipales¹⁰⁵.

Si la legislación imperial y la jurisprudencia clásica tardía del siglo III nos manifiestan esta beneficiosa laxitud en el enfoque del cumplimiento de la voluntad del testador, mucho más cabría afirmar con relación a la práctica eclesiástica y civil en los testamentos piadosos del siglo IV en adelante.

No vemos dificultad que los beneficiarios llamados a recoger los bienes del testamento irregular, antes de ser concretados por Justiniano en la persona de los pobres o en el culto de ángeles o mártires, pudieran ser mucho más, reflejándose algo de esto en

103. *Quod ad certas speciem civitatis relinquitur, in alios usus convertere non licet* D. 50.8.1 (Ulpiano, 10 disp.).

104. El legado que dejó el difunto *ad colendam memoriam* era precisamente una renta que se destinaría a un espectáculo determinado. Dicho espectáculo desgraciadamente no era posible tal vez por ilicitud. Modestino —estamos en una jurisprudencia clásica tardía— cree que el beneficio económico del legado no debe quedar para el heredero. La solución que propone como equitativa es la convertibilidad: *adhibitis heredibus et primoribus civitatis dispiciendum est, in quam rem converti debeat fideicommissum, ut memoria testatoris alio et licito genere celebretur* (D. 33.2.17. Modestino 9 resp.).

105. Posiblemente es en el siglo III, cuando puede situarse históricamente la admisibilidad de transformar el gravamen modal. Tal vez la legislación imperial ayudó a quebrar los antiguos principios, como parece deducirse del texto del Digesto 50.8.6 (4), en el que Valente admite la excepción a la regla general negativa —*citra principis auctoritatem*—. También confirma esta opinión el rescripto de Antonino que aparece en D. 50.10.7. Se refiere a la posibilidad de aplicar a la mejora y protección de edificios lo que se legó para obras nuevas: *Pecuniam quae in opera nova legata est, potius in tutelam eorum operum quae sunt convertendam, quam ad inchoandum opus erogandam dirus Pius rescripsit* (Calistrato, 2 de cognit). Sobre este tema tiene un estudio interesante MESSINA VITRANO: *La convertibilità del modo erecto su legato o fedecommesso nel diritto classico e giustinianeo* en *Studi Riccobono III*, p. 96 ss. (concretamente, p. 108).

las constituciones de los emperadores¹⁰⁶. También parece lógico que dada la impericia de ciertos testadores o el carácter peculiarísimo de estos testamentos, la mayoría de las veces adolecerían de cierta ambigüedad, como el propio Justiniano nos refiere en la constitución que estudiamos de un cierto hombre ilustre y no ignorante de leyes y que, sin embargo, a la hora de manifestar su deseo lo hace sin concretar o con imprecisión como cierto testamento hecho en el Ponto del que también nos habla el emperador.

17. e) Finalmente pudo también aplicarse a los bienes resultantes del testamento cristiano el carácter de sacro e inalienable por extensión de los principios clásicos (Gai.2,4). Estos principios los conservó igualmente la Jurisprudencia postclásica como puede verse en el Epítome de Gayo: *Divini iuris sunt ecclesiae, id est templa dei, vel ea patrimonialia ac substantia, quae ad ecclesiastica iura pertinent* (II,1). También la inalienabilidad puede proceder de disposiciones concretas impuestas por el propio testador. En la segunda mitad del siglo v, el carácter inalienable de los bienes se deriva directamente de la ley¹⁰⁷.

De aquí ya es fácil pasar a otra aplicación analógica. Si las cosas de Cristo o de la Iglesia o simplemente dedicadas a su servicio son sagradas no es demasiado forzado considerar como delito de *peculatus* la malversación de esos bienes como la *pecunia sacra* de la *lex Iulia de peculatus* recogida en el Digesto (D.48.13.4). Por otra parte, la propia jurisprudencia admitió la analogía para los legados de carácter social y la *lex Iulia de residuis* prevee el supuesto delictivo de una retención de *pecunia publica* equiparable a la malversión de fondos sacros¹⁰⁸.

106. No olvidamos a aquella piadosa mujer Hypatia, *clarissimae memoriae*, que aparece en la novela 5 de Marciano del año 455, recogida luego en el *Codex* justiniano (1.2.13) y que instituye como heredero al presbítero Anatolio. Hypatia deja multitud de disposiciones de la más extraordinaria variedad.

107. En una constitución del emperador León del año 470 (C. 1.2.14) y en otra posterior de Anastasio (C. 1.2.17) aunque sean tardías se ponen los fundamentos de la inalienabilidad que recogerá el Derecho justiniano en la Novela 7 del año 535 y en cuyo prefacio se alude a estas leyes más antiguas.

108. Ulpiano en sus comentarios a Sabino (D. 48.13.1) equipara dentro del *peculatus* la malversación de la *pecunia sacra religiosa* y la *pública*.

C. EL TESTAMENTO EN FAVOR DE CRISTO FUERA DEL CAUCE LEGAL

18. Vimos como la práctica de los *tabelliones* o las exigencias de la necesidad facilitaron vías ingeniosas al testamento de Cristo ya antes de haber sido recogido por la norma justiniana. Así se buscaron, dentro de los recursos legales, medios para garantizar la continuidad y el cumplimiento de las disposiciones testamentarias; medios que, debido a la extratipicidad de esta figura, fueron la mayoría de las veces indirectos y fiduciarios, dejando, según los casos, una mayor o menor libertad distributiva o dispositiva al heredero legal.

Sin embargo, estos casos *legales* siempre serían un mínimo muy pequeño comparados con los cientos de ocasiones en los que el testamento se desarrollaría fuera del ámbito jurídico, cuando no en franca contradicción con las normas del Derecho romano clásico vigentes aun. Es abrumador el número de ejemplos, casi siempre eclesiásticos, en los que las disposiciones en favor de fines píos o benéficos adoptan formas de lo más curioso o anormal¹⁰⁹.

Veíamos¹¹⁰ que la actitud de la sociedad, al menos en el siglo IV, es la de una latente insunición y rebeldía frente a la ley humana. Se observa como una actitud general y triunfalista en la literatura patristica¹¹¹ al contraponer la ley a la caridad y se nota también en las constituciones imperiales cristianas, fuentes legales políticamente jóvenes y vehículo rápido de las nuevas ideologías¹¹².

Esta actitud es el clima adecuado para que se multipliquen, al menos teóricamente, una serie de actos nulos ante la norma escrita,

La jurisprudencia posterior mantiene la misma directriz en la tipicidad de este delito:

Si quis fiscalem pecuniam attraxerit subripuerit mutaverit seu in suos usus converterit, in quadruplum eius pecuniam quam sustulit condemnatur. (Pauli Sent. V, 27.)

En el Edicto de Teodorico, permanece también con la misma pena (115).

109. THOMASSIN, *ob. cit.* p., 81 ss.

110. V. *supra* p. nota (42).

111. LAPICKI, *O spadkobiercach ideologii rzymskiej. Okres Chrystianizacji cesarstwa rzymskiego. Los herederos de la ideología romana. El período de la cristianización del imperio romano.* Lódz. 1962. Rec. de BARTOSEK, *en Iura* 16 (1965), p. 345 ss.

112. BIONDI, *Il Diritto romano cristiano I*, p. 115 ss.

pero que la sociedad los tiene por válidos, nadie los impugna y de hecho producen una práctica consuetudinaria que no podrá ser absolutamente desconocida.

Una notable corriente espiritualista ha entrado en el Derecho y no sólo por influencias cristianas, aunque hayan jugado éstas un importante papel. A la vez, la nueva ideología trata de trasplantar al campo jurídico muchas concepciones de índole más bien religiosa, y todo ello produce como resultado una curiosa tendencia en esta sociedad postconstantiniana que trata de volver a la *Fides*, como principio motor de las relaciones humanas. No es, sin embargo, la *Fides* clásica y pagana, sino una nueva Fides cristianizada y moralizante.

Quizá sea esto lo que hace a San Gregorio Nacianceno (*Ep.* 163 *PG.* XXXVII, 270 ss.) arremeter contra la necesidad de juramentos y garantías en el acuerdo consensual. Si la palabra empeñada es lo principal, no nos puede extrañar que esta doctrina comience a producir consecuencias sobre la naturaleza jurídica del puro pacto, como vínculo obligatorio¹¹³.

Por si fuera poco, cuando la nueva orientación iusnaturalista y espiritual incide o recae en instituciones donde la Iglesia juega un papel eminente como en nuestro caso, la influencia es tan fuerte que todas las posibles trabas jurídicas caerán por tierra y la praxis postclásica da entrada a muchas figuras que sin duda en otra coyuntura histórica hubieran sido imposibles¹¹⁴.

De la práctica jurídica repetida a la costumbre no hay ya más que un paso, y la *consuetudo* como creadora de Derecho puede ser la base de sustentación jurídica de muchos de los privilegios que de modo abundante aparecen en el *Code x* en favor de ciudades, *collegia* o en beneficio de la Iglesia¹¹⁵. Así, en una constitución de León y Antemio del año 472 (C.1.3.34.pr) parece aludirse a *omnia privi-*

113. BRASIELLO, *Sull'influenza del cristianesimo in materia di elemento subbietivo nei contratti*, en *Scritti Ferrini*. Pavia, 1945, p. 503 ss. (concretamente, p. 529).

114. RICCOBONO, *La prassi nel periodo postclassico*, en *Atti congresso internazionale di Ditto. rom. I*. Roma, 1933, p. 530 ss.

115. SCHMIEDEL, *Consuetudo in klassischen und nachclassischen Römischen Recht*. Graz-Köln, 1966, p. 92 ss.

M MAYR, *Praestare*, en *ZS* 42 (1921), p. 223 ss.

legia que se vinieron usando antes de Justiniano por concesiones imperiales o por costumbres. Debió ser, sin duda una época de gran fuerza consuetudinaria, no obstante el carácter absoluto que había tomado el poder imperial, ya que la extraordinaria floración que trajo consigo la nueva ideología en todos los aspectos sociales. en todas las figuras e instituciones, desbordaría totalmente el propio ritmo evolutivo de la norma jurídica escrita. Por ello Justiniano en la constitución *Deo auctore* (§ 10) se aviene a este estado de cosas, mandando conservar el Derecho comprobado por *longa consuetudo* ¹¹⁶.

Muchas instituciones nacieron o se transformaron por costumbres, haciendo nacer un *ius singulare* que considera Gaudemet ¹¹⁷ como fundamental en la formación del primer Derecho de la Iglesia. Parece lógico que una vida jurídica tan rica la de esta época y en una zona geográficamente tan extensa diera lugar a una inadaptación entre el Derecho *oficial* y este Derecho vulgar que no es un Derecho inferior, sino un Derecho romano vivo aplicado a las necesidades de una sociedad amplísima y compleja.

Estos actos de última voluntad dispuestos por testadores piadosos a espaldas de la ley, sin eficacia y sin tutela jurídica ¹¹⁸, debieron ser casi siempre escrupulosamente cumplidos por los herederos, familiares y amigos del difunto por un sólido convencimiento

116. D'ORS, *Un punto de vista para la historia del Derecho consuetudinario en Roma*, en *Rev. de Leg. y Jurisp.* 91 (1946, 1), p. 499 ss.

SCHÖNBAUER, *Reichsrecht, Volksrecht und Provinzialrecht*, en *ZS* 57 (1937, p. 351 ss.).

LE BRAS, *Le droit Romain et la domination Pontificale*, en *Rev. historique de D. français et étranger* 27 (1949), p. 380 ss.

117. *La formation du Droit séculier et du Droit de l'Eglise aux IV.^e et V.^e siècles*. Paris, 1957, p. 106 ss. y 172 ss.

118. Estos actos extra-jurídicos los hubo siempre y precisamente por carecer de tutela adecuada se justifica la necesidad de una protección que ha de prestar el ordenamiento aun saliéndose de sus límites. Esta es la misión que cumple en el Derecho romano el procedimiento extraordinario del cual encontramos abundantes ejemplos en las fuentes. Son siempre casos límites entre humanos y divinos como los que se refieren al culto funerario o religioso.

Este es el caso que nos cita Papiniano en D. 5.3.50.1 al admitir que *principali vel pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis*.

religioso o moral sin plantear el más mínimo problema sobre su validez. Es un comportamiento humano absolutamente lógico y que, sin duda, se dio igualmente entre los paganos, al menos mientras la pureza de costumbres prevaleció ¹¹⁹.

No fue de ninguna manera infecunda esta actuación. El Derecho romano entra en la fase justiniana lo suficientemente preparado para que determinados principios queden ya consagrados. Incluso estos cauces extralegales recibirán el benéfico influjo producido por su repetición en tantos casos durante los siglos cristianos. Esto va a suceder precisamente con el *mandatum post mortem*. En efecto, estos testamentos que no pudieron incluirse por el camino del acto *mortis causa* ordinario se alojaron en un acto obligacional absolutamente nulo según los principios clásicos: el mandato cuyo vínculo obligatorio —no la pura ejecución— nace después de muerto el mandante.

No nos tiene que repugnar esta afirmación. Muchos siglos antes posiblemente ocurrió lo mismo con los fideicomisos e incluso con los legados cuya más antigua forma debió ser puramente un encargo de confianza ¹²⁰. Sólo mucho después el Derecho alcanza una zona que originariamente estaba regida por principios de *Fides* o *Religio* y aparece la tutela jurídica correspondiente.

El *mandatum post mortem* en el Derecho civil romano sería inconcebible y posiblemente en el pretorio ¹²¹. A él se oponen dos

119. PAIS hace un breve pero precioso comentario a una inscripción romana (*CIL. XI, 600*) reconstruida por Mommsen, Bücheler y Borman. Se trata de un romano militar —*trib* <*unus militum*>—, campesino de vida honesta y de situación económica desahogada que distribuye sus bienes entre sus libertos. Estos libertos, agradecidos, llevan a la piedra el testamento de su patrono Cayo Castricio Agrícola, que así fue el nombre del militar. En el testamento aparecen unos consejos puramente morales sin relevancia jurídica y que con toda certeza fueron cumplidos por los herederos libertos: ser piadoso con los dioses, <*noli maledicere ne(-)male*> *audias, imm* <*ocens...*> *suavem vitam, hon* <*este l*><*ae*><*teque*> *peraget*.

Il testamento morale di Caio Castricio Agricola en Studi in onore P. Bonafante, I, Milán, 1930, p. 177 ss.

120. BONAFANTE, *Mandatum post mortem en Scritti giuridici III, Turin, 1926, p. 271.*

FADDA, *Origini dei legati, en Studi, Roma, 1888.*

121. RABIE propone como tesis de su investigación (*L'acte juridique*

grandes axiomas clásicos: *mandatum morte finitur* y *obligatio ab heredis persona incipere non potest*. La primera es una regla que rige para el mandato y para la sociedad y que Bonfante relaciona con la revocabilidad ¹²², y la segunda la considera Rabie ¹²³ como un principio insertado en todo el sistema contractual de la Roma antigua.

No obstante esta nulidad, si el testamento en favor de Cristo se dejó a la confianza de un heredero-mandatario podemos decir que no sólo se cumpliría con toda fidelidad en la gran mayoría de los casos ¹²⁴, sino que, de rechazo, el mismo mandato *post mortem*, tan fuera de los moldes clásicos, comenzó a ser admitido en este estadio jurídico antejustiniano, y como consecuencia abrió la puerta a otra figura muy cercana a él: la estipulación en favor de tercero. No hemos de olvidar que el contacto del Derecho romano con un ordenamiento jurídico de tendencia más espiritualista, como lo es el del mundo helénico, favoreció tremendamente esta situación bizantina de respeto hacia aquello *quod post mortem suam fieri velit* ¹²⁵.

"*post mortem*" en *Droit romain: validité et fonctions*, Milán, 1955). que ya en Derecho pretorio y, por tanto, en la época clásica, se admitió una cierta validez a esta figura, encajándola entre las obligaciones naturales. Sin embargo, está de acuerdo el autor en admitir que fue el Derecho romano postclásico quien vulgarizó esta continuidad del mandato.

122. BONFANTE (*Ob. cit.*, p. 264) cree que la regla *mandatum morte finitur* no mira tanto a impedir la constitución de un mandato cuyo objeto sea un hecho que deba ser cumplido inicialmente, muerto el mandante, como a la continuación del mandato entre vivos, en la persona del heredero.

123. RABIE, *Ob. cit.*, p. 417 ss.

124. También en la antigüedad clásica encontramos alguna institución de heredero divino, posiblemente nula, pero a la cual el piadoso comportamiento de los vivos dio eficacia.

SCIALOJA (*Ob. cit.*, p. 244 s.) se plantea esta posibilidad en el caso de una inscripción griega (CIGr. 2824) en la que un testador, tras una serie de disposiciones en favor de su propio sepulcro, instituye como heredera a Venus Afrodita. Si esta institución fue hecha bajo el ordenamiento jurídico romano y no estando incluida esta diosa entre las divinidades que pueden heredar, según Ulpiano, cabría pensar que la disposición *mortis causa* en cuestión sería nula.

125. BONFANTE, *Le affinità giuridiche greco-romana* en *Scritti giuridici* I, Turín, 1926, p. 403.

No fue, pues, infecunda la jurisprudencia postclásica, ni el Derecho vulgar con su práctica viva pasó sin huella. Antes bien, fue instrumento providencial para acelerar muchas evoluciones y para dar cabida a figuras nuevas. Así, por ejemplo, el principio clásico de incapacidad hereditaria, ya con bastantes fisuras, en todo lo que se refería a las *incertae personae*, termina por caer o, por lo menos, evolucionar hacia un sentido menos apriorístico. Sólo habrá incertidumbre cuando, de hecho, sea imposible determinar la persona llamada. Puesto este primer eslabón, el Derecho hereditario justiniano va a dejar casi construida la teoría de la persona jurídica y una nueva concepción de la sucesión hereditaria.

Esta fue probablemente la historia del testamento en favor de Cristo y de los seres angélicos, tanto si se le encontró un camino indirecto como si se realizó de espaldas a la ley. De un problema de nulidad teórica se está pasando a un enfoque nuevo de eficacia práctica: determinación de los beneficiarios llamados a recoger los bienes de esta original sucesión. El año 530, Justiniano tipificará este testamento separándolo de otras figuras afines tratando de encontrar un cauce exacto para su ejecución.

IV. LA REGULACION DEL TESTAMENTO EN FAVOR DE CRISTO, DE LOS ANGELES O DE LOS MARTIRES, EN EL DERECHO JUSTINIANO.—*LA CONSTITUCION C.1.2.25 (26) y el c. 9 de la Nov. 131.*

19. El 15 de noviembre del 530 es cuando por vez primera se va a legislar claramente sobre una materia que hasta entonces ha sido tan sólo regulada por actos fiduciarios indirectos o ilegales. Desde esta fecha hasta el 15 de abril del 545 en que aparecerá la Novela 131, con su nueva versión, casi idéntica del testamento piadoso, han transcurrido quince años. La regulación conseguida no es completa. Tiene defectos y lagunas y muchos de ellos habrán de ser corregidos o suplidos con el Derecho anterior y, sobre todo, con las constituciones justinianas promulgadas en esos quince años intermedios, entre el 530 y el 545.

Los reducidos preceptos justinianos sobre el testamento en favor de Cristo o los santos dejarán aún muchos asuntos sin dilu-

cidar: el papel de la Iglesia en estos actos *mortis causa*, las relaciones entre el heredero divino y los posibles intereses humanos sobre los bienes sucesorios, las acciones que tutelan los derechos testamentarios, la variabilidad de formas que podrían adoptarse y otros muchos que se plantearon, sin duda, en este tipo irregular de sucesión. Todas las leyes justinianeas, unas en el *Codex* y otras en las *Novelas*, aplicables en general a disposiciones *mortis causa* de carácter piadoso, podrán ser utilizadas para resolver las deficiencias de nuestras normas especiales.

Hay, sin embargo, entre todas estas leyes generales, dos muy fundamentales y a las que debemos acudir con mucha frecuencia: la constitución recogida en C.1.3.45 (46), casi simultánea¹²⁶ a la constitución griega del 530 (C.1.2.25) y la constitución C.1.3.48 (49) de septiembre del 531. Ninguna de las dos leyes puede decirse que sean una maravillosa elaboración técnica. Más bien parecen dictadas por la práctica eclesiástica y civil, para regular sin discriminación todo tipo de disposiciones *mortis causa* de píos testadores. Tienen algunos aciertos y bastantes deficiencias.

No debemos, con todo, juzgarlas severamente. Son estos años 530 y 531 años difíciles políticamente y, por otro lado, de una actividad legislativa grande. Son los años de las *quinquaginta decisiones* y del ardoroso inicio compilador del Digesto. Tanto estas como otras normas parecidas que no pudieron ser incluidas en el primer *Codex*, fueron probablemente promulgadas sin un gran estudio previo y exigidas con cierta premura por la profusión de testamentos de carácter religioso que se multiplicaron durante los primeros años justinianeos. Las normas posteriores que debemos utilizar para aspectos más secundarios del testamento de Cristo, precisamente por tardías, serán más técnicas y dejarán menos dudas en su interpretación¹²⁷.

Trataremos, pues, de estudiar detenidamente la situación jurídica resultante tras la regulación justiniana en todos sus aspectos, acudiendo siempre que haga falta a las normas intermedias

126. Escritas ambas constituciones en un intervalo de dos días. Podrían ser igualmente simultáneas. KRUEGER ad h. l.

127. Sobre todo las *Novelas* 7 (a. 535) y 120 (a. 544).

entre una y otra ley, principio y fin de estos quince años de reglamentación abierta.

20. a) Seres celestiales llamados al testamento. En la constitución 1.2.25 (26) del 530, Justiniano permite al piadoso causante que instituya, en todo o en parte, a Jesucristo como heredero. En favor de El podrá ser utilizado el legado y el fideicomiso (pr.). En el párrafo 1. de la ley dice lo mismo con relación a los arcángeles y los mártires. Lo primero que llama la atención es que la constitución deja en la sombra a otras celestiales personas, que muy posiblemente, en los dos siglos anteriores, debieron encontrarse conjuntamente en las cláusulas pias de los testamentos con Cristo, los mártires y los ángeles.

¿Qué fue de los Profetas y de los Santos Apóstoles que aparecen en una constitución del 477 en C.1.2.15? En efecto, cincuenta años antes que Justiniano promulgara su ley, el emperador Zenón parece querer decirnos que los mártires, apóstoles, profetas y los santos ángeles pueden ser objeto de la generosa atención de donantes piadosos. No es clara —ni se le puede exigir que lo sea— esta norma imperial. ¿Qué entendía el legislador con la donación a estos celestiales personajes? Si la iglesia donde se veneraban las reliquias del mártir o donde, al menos, radicaba el culto estaba ya erigida, la personalidad reconocida de estas iglesias¹²⁸ o, en su caso, la de la iglesia episcopal del *territorium* podría cubrir con la suya la falta de capacidad de adquirir del donatario, pero si, como parece admitir la constitución bizantina, era posible una donación fundacional aunque ni siquiera existiese ese *substractum* materializado, entonces la norma imperial podría considerarse como un precedente de la constitución justiniana en lo que se refiere a la capacidad de adquirir de los seres no terrestres.

Si así lo entendió Zenón y si esa fue la práctica de los cristianos de Constantinopla y tal vez de los occidentales, vemos que la constitución justiniana ha suprimido a unos y ha dejado a otros. Profetas y Apóstoles desaparecieron del elenco legal, quedando, sin que nunca lleguemos a saber la razón, fuera de las posibilidades testamentarias.

Sin embargo, del *numerus clausus* de la constitución 1.2.25.(26)

128. Constitución de Constantino del 321, en C. Th. 16.2.4. (C. 1.2.1).

pasamos, quince años después, en el capítulo 9 de la Nov. 131, al *numerus apertus*. En un lugar de preferencia sigue Cristo heredero: *Si quis in nomine magni dei et salvatoris hereditatem aut legatum reliquerit*, pero en seguida se abre la posibilidad general abierta a todos los habitantes celestes. Todos podrán ser llamados a la herencia: *Si quis autem unum sanctorum heredem scripserit aut legatum ei reliquerit*¹²⁹.

21. b) Distintas formas de disposición *mortis causa*.—Las formas admitidas por la legislación justiniana son: la institución de heredero, en todo o en parte, el fideicomiso y el legado. La Novela 131, consecuente con la unificación justiniana de ambas figuras sucesorias¹³⁰, sólo habla ya de institución y de legado.

La institución de heredero en favor de Cristo no supone ningún problema especial. No se requiere un requisito de forma concreto, a partir de la constitución de Constancio del 339 (C.6.23.15). Por ello sólo será necesario para instituir heredero que la voluntad del testador quede claramente expresada. Esta misma idea de preferencia de la voluntad sobre lo escrito aparece también en la constitución del 530.

Por supuesto que la propia ley admite la institución *pro parte* en favor de Jesucristo (por analogía sería también lícito hacerlo con los mártires y los arcángeles). Tampoco habría dificultad en una institución *ex re certa* en favor de seres divinos, ya que la ley admite para ellos legados y fideicomisos.

Sólo una cuestión delicada podría surgir: una posible colisión del heredero celeste y un heredero terrestre y forzoso. ¿Qué problemas psicológicos o jurídicos se plantearían en este caso? Está claro que todo el Derecho justiniano es muy favorable a la legítima, a la que considera como una obligación elemental de con-

129. En otras versiones del *Authenticum* se habla de Santos mártires (Berlín), añadiendo incluso alguna versión (Viena) a Santa María. SCHOLL-KROLL ad h. c.N..

130. Ya en el año 529 en una constitución (C. 6.43.1) se equiparaban legados y fideicomisos en lo referente a la tutela jurídica de ambas figuras. La unificación absoluta se producirá años más tarde, en el mes de febrero del 531 (C. 6.43.2).

ciencia y su inobservancia como delictiva¹³¹. El título 28 del libro tercero del *Codex*, desde la ley 30 a la 37, todas dictadas entre el 528 y el 531, son inflexibles al reglamentarla. Que la tendencia imperial es favorable a la legítima es indiscutible. Bastaría leer las constituciones antedichas o la propia *Instituta* (2.18), que utiliza incluso el antiguo tópic jurisprudencial del *color insaniae: Hoc colore, quasi non sane mentis*.

Sería, pues, una cuestión peculiar este roce entre dos derechos sacros: la divinidad instituida heredera y los derechos de familia que también tienen algo de divinos. No hay nada expresamente regulado en el Derecho justiniano, salvo los principios generales citados. Sin embargo, podemos orientarnos con otra norma dictada para un caso semejante y de la cual podemos deducir la *mens legislatoris*.

Se trata de la sucesión de los monjes, que teniendo hijos ingresaron en un monasterio. Justiniano establece para ellos una reglamentación que Collinet¹³² cree inspirada en las costumbres monacales, y concretamente en la Regla de San Benito (*PL. LXVI, 551*). Ni siquiera en un caso tan alto como la consagración a Dios permite el legislador la preterición de los legítimos. En efecto, tras el ingreso en el monasterio, como una auténtica muerte mística, los bienes del monje pasarán, en sucesión extraordinaria, a la institución monacal, pero sin perjudicar a los hijos: *ut nulli filiorum suorum minuat legitimam partis*¹³³.

131 ... *crudelitatem eius competente poena adgredimus... ut avaritia eius legitimis ictibus feriatur*. C. 3.28.33 (a. 529).

132. *La regle de Saint Benoit et la legislation de Justinien* en *Rev. de l'Histoire des Religions*, 14 (1931), p. 272 ss.

133. Aunque estas palabras son de la Novela 123, una de las constituciones justinianas más tardías, ya el espíritu del legislador se venía manifestando de manera parecida en normas anteriores, al regular la sucesión extraordinaria de los eclesiásticos y de los monjes. El ingreso en el monasterio, aunque nunca se diga expresamente, tiene un trato jurídico parecido a la muerte de un causante (¿habrá en esta concepción alguna influencia del modo de sentir cristiano-monofisita oriental de esta época? Muy posiblemente pudiera ser así). Lo cierto es que al producirse esta entrada en el asceterio se plantea la sucesión análogamente a como sucede *in casu mortis* y los hijos —ya lo planteaba así la Nov. 5 c. 5— podrían recibir su cuarta legi-

No faltan tampoco ejemplos abundantes en la historia eclesiástica en los que el propio obispo o abad limitó la generosa entrega de clérigos o monjes cuando perjudicaba a hijos o descendientes¹³⁴. Si esto es así, no parece difícil deducir que en los casos más simples, como el de los puros fieles, piadosos testadores seculares, fuese ilícito dañar, so pretexto de impulsos benéficos, los derechos legítimos de los hijos a esa cuarta parte que, a partir del año 536 (Nov. 18, c. 1) queda aumentada a un tercio¹³⁵.

Si el ser celestial elegido por el testador como destinatario de sus bienes no fuera heredero, sino solamente legatario (o fideicomisario), los problemas serían aún menores. Como vimos, en la práctica jurisprudencial cristiana, por influencia conceptual de la predicación patristica, no se entendía lo dejado a Cristo o a la Iglesia como una auténtica liberalidad y, por ende, encajable en el tipo normal de legado. Por todo ello, quedaron los legados píos no sujetos al régimen de la *l. r Falcidia*. Más tarde, habiendo entrado —lo que en principio fue quizá desuso o no aplicación por costumbre piadosa— en la vía del privilegio, lo vemos regulado ya en la ley (Nov. 131, c. 12):

Si autem heres quae ad pias causas relicta sunt non impleverit, dicens relictam sibi substantiam non sufficere ad ista, praecipimus omni Falcidia vacante quicquid invenitur in tali substantia proficere

tima. (La constitución es anterior a la reforma de la Nov. 18, donde el derecho de los herederos forzosos será aumentado a un tercio.)

Con mucha más claridad, la Nov. 123 limita expresamente los derechos sucesorios —estamos ante una sucesión extraordinaria— del monasterio a dos tercios, debiendo quedar forzosamente el tercio restante en favor de los parientes legítimos.

134. Possidonius, en la Historia de San Agustín, nos relata cómo éste impidió a un tal Januarius entregar sus bienes en su totalidad a la Iglesia, perjudicando con ello los legítimos derechos de sus parientes.

THOMASSIN, *ob. cit.*, p. 84 s.

135. Más tarde, en el año 542, la Nov. 115 (c. 3 y 4) estructura definitivamente el derecho de los parientes legítimos. No basta ya la materialidad de recibir la *portio*, sino que deben ser instituidos formalmente, salvo el caso de desheredación por causas previstas.

El derecho de descendientes y ascendientes deberá ser respetado siempre. Quedarían tan sólo exceptuados el testamento militar y el hecho sobre el peculio quasi castrense (C. 3.28.24, a. 294, y C. 3.28.37, a. 531).

*provisione sanctissimi locorum episcopi ad causas quibus relic-
tum est* ¹³⁶.

El régimen de legados a utilizar en favor de Cristo podría abarcar toda la gama que la voluntad del testador deseara. Nada nos dice la constitución 1.2.25 (26), pero sí las normas contemporáneas a ella y las posteriores. De todas las figuras, la que debió darse con más frecuencia —no podemos olvidar que tanto la limosna a los pobres como los actos de culto deseados por el testador requieren prestaciones periódicas— fue el legado anual, que tanta práctica tuvo en los siglos precedentes.

En estos primeros años legislativos de Justiniano, 530 y 531, dos nuevas leyes reglamentan los legados y fideicomisos en favor de causas pías. En ambas constituciones se da entrada al legado de renta anual como forma muy adaptable a la beneficencia y que igualmente podrían ser usados en el testamento en favor de Cristo o los ángeles. En el párrafo 9 de la constitución 1.3.45 (46) y en el párrafo 2 de la 1.3.48 (49) se permite esta disposición *mortis causa*. Posiblemente se trata de un régimen curioso e incipiente. Al no existir ningún tipo de vinculación real —excepción hecha de la curiosa y problemática figura de las fundaciones alimentarias— trata la ley justinianea de crear con los bienes raíces un todo coherente patrimonial a base de prohibiciones legales de alienación. Con algo de más claridad, por más tardía, una nueva ley del año 534 (C.1.3.55 [57]) trata de establecer un régimen de perpetuidad

136. Ya mucho antes de la Nov. 131 parece manifestarse en la legislación justinianea un espíritu contrario a la Falcidia en todo este tipo de mandas piadosas. Esto parece desprenderse de la constitución C. 1.3.45 (46) del año 530 y mucho más claramente en la C. 1.3.48 (49) del año siguiente.

Estas normas están dictadas, desgraciadamente, en un momento de auténtica evolución, y por ello no son demasiado claras. En efecto, el párrafo 4 de la última de estas dos leyes para enfocar más bien la no deducción *ex leg: falcidia* por considerar que no estamos ante un legado, sino ante una institución de heredero muy peculiar, en favor de persona genérica: los cautivos. La ley valientemente dice que son verdaderos herederos —*heredum eis ius et nomen dedimus, sine falcidia tamen emolumento*—; pero, por otra parte, no se atreve a sacar todas las consecuencias, con lo cual la institución en favor de los cautivos toma un carácter muy especial más parecido a un fideicomiso universal, en el cual el obispo o el administrador fuesen los herederos.

en este tipo de legados que teóricamente deben durar siempre: *usque ad ipsum saeculorum finem*.

Realizada la fusión de fideicomisos y legados, aún quedarían figuras no encajables en esta unidad, con vida independiente y análogamente utilizables en nuestro caso: el fideicomiso universal y el fideicomiso de residuo. Ya en C.1.3.45 (46).8 encontramos un legado a pagar por el heredero del heredero¹³⁷, pero, sobre todo, en la constitución del año siguiente (C.1.3.48 [49]) aparece una posible figura fideicomisaria de aquel tipo.

Claro está que hemos de contemplar estas normas con una cierta reserva. Tal vez no estemos propiamente ante un fideicomiso, sino ante una imprecisión legislativa absolutamente lógica y comprensible. Son años de una auténtica evolución en las figuras hereditarias y no está ni definida ni clara la capacidad hereditaria del heredero genérico. Por ello, mientras por un lado considera la ley como herederos a cautivos y pobres —*heredum eis et ius et nomen accidimus*—, por otra parte los trata como legatarios o fideicomisarios universales. Son momentos verdaderamente importantes en los que van a fijarse las formas definitivas de muchas instituciones jurídicas, y no podría la ley, aunque quisiera, expresarse de otra manera.

Queda, pues, el fideicomiso universal como un recuerdo del pasado, recuerdos de momentos históricos en los que la falta de adecuación entre las exigencias de la vida social y las estrictas normas del Derecho sucesorio romano hacía necesario acudir a una figura lo suficientemente amplia que sirviera para tutelar unos intereses que escapaban de los modos previstos. Entre los titubeos del S. C. Trebeliano que parece tratar al fideicomisario universal como heredero, al menos *iure praetorio*, y la vuelta atrás del S. C. Pegasiano imponiendo la cuarta falcidia-pegasiana y con ello la consideración de legatario, la jurisprudencia postclásica¹³⁸ no parece haber adelantado gran cosa. Solamente Justiniano parece volver al espíritu trebeliánico del fideicomisario-heredero, aunque

137. También en occidente encontramos algo parecido en la *interpretatio* de las Sentencias de Paulo (VIII, ad 5). KASER-SCHWARZ, *Die interpretatio den Paulus sentenzen*. Köln-Graz, 1956, p. 34.

138. *Ulp. Reg.* 24, 14 ss.; *Gai. Epit.* II, 7, pr.

sin suprimir la obligación pegasiana¹³⁹. Sólo en estos casos de fideicomisos benéficos y eclesiásticos parece atreverse el legislador a romper incluso con este último eslabón —*sine Falcidia tamen emolumento*— y con él la subordinación con el heredero fiduciario. El administrador, el obispo o el ecónomo son en verdad herederos muy peculiares porque sólo les queda la apariencia de tales.

Aún podía la libérrima voluntal de los causantes piadosos usar de otras figuras aún más extrañas y mucho menos concretas, como el fideicomiso de residuo. Es cierto que las normas del *Codex* no nos sirven de mucho en este caso. Estamos en verdad en una zona de penumbra entre el Derecho y la Moral muy difícil de determinar. Puede precisarse el momento de la restitución o no, e incluso puede hacerse *post mortem heredis*¹⁴⁰. Por ello, ni el criterio de proporcionalidad del emperador Marco Aurelio¹⁴¹ ni el mucho más impreciso del *bonus vir* de la jurisprudencia clásica¹⁴² son lo suficientemente concretos para poder sacar de esta zona oscura de inseguridad a este instituto jurídico. Durante los siglos postclásicos no varió mucho esta situación¹⁴³ y así entra esta figura en la última época del Derecho romano.

Durante los primeros años de Justiniano, el posible fideicomiso de residuo en favor de Cristo adolecería de la misma inseguridad que esta figura tuvo en la época anterior. Sólo a partir del año 541, con el criterio aritmético establecido por la novela 108, quedaría para los fideicomisarios celestiales el mínimo de un cuarto de la herencia.

El empleo de otras figuras hereditarias, como la *donatio mortis causa*, o la más indirecta de una adquisición por vía modal o por una *translatio legati*, posiblemente en el Derecho justinianeo se fueron usando algo menos, al ir ofreciendo el Derecho vigente caminos más cómodos y seguros.

22. c) La ejecución del testamento piadoso.—Fue el testamento en favor de Cristo una conquista justiniana, siquiera sea

139. I. 2.237.

140. C. 1.3.45(46).8.

141. Se alude a este rescripto imperial en D. 5.3.25.16 y D. 36.1.56.

142. Se trata de soluciones papinianas contenidas actualmente en el Digesto (31.70.3; 31.71; 31.72 y otras).

143. *Gai. Epit. II, 7.8.*

una fase intermedia hacia un logro más terminativo en pro de la Persona-ficción, como bienes destinados a un fin, sea este benéfico o de culto.

En este momento, la vía abierta es aun personal y aun así pidiendo ayuda a la teología patristica. El binomio *Cristo-Iglesia* pudo servir en un principio a la constitución 1.2.25(26) para determinar que la herencia o la parte de ella, en su caso, la habría de recoger la Iglesia del domicilio del difunto. Lo verdaderamente admirable es que esta adquisición está abierta a todo tipo de iglesias. Incluso la pequeña capilla aldeana y rústica si allí vivió el piadoso causante, podrá alegar sus derechos hereditarios¹⁴⁴. Hasta qué punto estas pequeñas iglesias no autónomas y dependientes de la Iglesia episcopal tienen su propia manera de adquirir es cosa difícil de precisar. De todos modos, el ecónomo es un puro representante necesario y aunque la Novela 131 no insista en ello, su intervención es simplemente extrínseca.

En el supuesto que el testamento fuera dirigido a mártires o arcángeles la solución legal es la misma, variando tan sólo esa especie de gravamen modal necesario, que, en el caso de Cristo, se impone a los bienes los cuales forzosamente deben beneficiar a los pobres¹⁴⁵, mientras que en el supuesto de aquellos otros seres celestes elegidos por el difunto la ley no dice nada. En estos casos la aplicación quedaría más al arbitrio de la Iglesia o del ejecutor testamentario designado.

Sería interesante examinar despacio esa carga, al parecer modal, de distribución de limosnas con los bienes de Cristo ¿Estamos verdaderamente ante un modo? Quizá no sea tal, aunque lo parezca. Tal vez la formación teológica de los consejeros imperiales haya intuido un auténtico trinomio Cristo = Iglesia = Pobres. Si ello es así, aunque de las palabras de la ley no pueda deducirse, estaríamos más bien ante una manera de ejecutar materialmente

144. Aunque tal vez no fuera muy frecuente, la ley abre también la posibilidad de heredar a las pequeñas iglesias rurales. *Εκκλησία της Κομής. Εκλογή α του χωριου. Papiros Soc. italiana*, n. 8.936 y 8.937.

145. La nov. 131, c. 9 parece omitir este destino necesario de los bienes por olvido, por considerarlo sobreentendido o simplemente para dar un mayor margen de libertad a los testadores.

el testamento, que ante un gravamen del heredero. Sería un *modus* impropio, como impropias son las *condiciones iuris*.

Debemos hacer constar, sin embargo, que aunque la ley parezca destinar ya los bienes a un fin de caridad, la *mens legislatoris*, tanto en la constitución del 530 como en la Novela 131, se muestra claramente favorable a la supremacía de la voluntad del causante. Por ello, en la constitución 1.2.25(26) aunque se dan unos criterios legales para la ejecución testamentaria, estos serán siempre subsidiarios y para suplir los casos de poca claridad o las omisiones del testador, como las de aquel hombre ilustre que no se acordó de determinar la iglesia beneficiaria. La propia ley recuerda el caso y por ello señala los criterios legales para evitar dudas. Estas mismas ideas, aunque sin tanta explicitación, se manifiestan también en la Novela 131, c.9.

Así, pues, las reglas de ejecución serán las siguientes:

1.º La iglesia elegida por la voluntad del difunto. La supremacía del *animus* sobre las palabras se deduce claramente de la ley. También aquí el legislador cita un segundo ejemplo real: el testamento de un cierto hombre del Ponto que fue interpretado mirando más lo que quiso decir que lo que realmente escribió.

2.º La iglesia del domicilio. Tal vez si fuese extranjero o se desconociese el lugar de su domicilio pudiera aplicarse la constitución de León del año 468¹⁴⁶, dada para un caso parecido y en la que se acude en estos casos al lugar del fallecimiento.

3.º La iglesia del territorio o de la metrópoli¹⁴⁷.

4.º Finalmente, si no se hallase (tratándose de un santo o ángel, naturalmente) una iglesia u oratorio consagrado al culto concreto, el beneficio económico de la manda piadosa volverá otra vez al lugar de domicilio del difunto aunque no estuviese concretamente dedicada a aquel culto elegido.

Claro está que en este caso podría surgir el problema contrario: la coexistencia de varias iglesias que pudieran presentar un igual derecho a ser llamadas. La constitución 1.2.25 (26) —a dife-

146. C. 1.3.28.

147. La Nov. 131, menos detallada que la constitución del *Codex*, omite esta alusión a la Metrópoli y sólo alude al territorio: *Si autem non est in civitate basilica nominati sancti, invenitur autem in territorio eius, illi datur.*

rencia de la Novela 131, que nada dice de este supuesto— da dos criterios para resolver el pequeño conflicto:

a) Aquella iglesia a la que el testador iba con más frecuencia o por la que demostraba más afecto (otro nuevo intento de investigar la voluntad del testador).

b) Si ni siquiera esto fuera posible de determinar, se beneficiará de los bienes la iglesia u oratorio más necesitado.

A través de este casuismo, quizá algo enervante, con el que el legislador trata de resolver cualquier enojosa discusión poco edificante entre iglesias con esperanzas hereditarias, podemos intuir que el Derecho justiniano va rodeando sin alcanzarla la verdadera meta jurídica: un patrimonio afectado a un fin —sea este benéfico o puramente religioso y de culto— con la coherencia unitaria suficiente para permanecer a lo largo de los siglos. La personalidad eterna o angélica trata ahora de hacer ese papel, pero nada más. Una prueba de esta afirmación es que todo el enorme arsenal que los papiros nos ofrecen de testamentos y donaciones *mortis causa* del siglo VI no es siempre el testamento en favor de Cristo o los santos la única fórmula elegida; otros medios técnico-jurídicos son adoptados para el mismo fin fundacional¹⁴⁸, que es, según parece, lo que verdaderamente interesa al celoso testador, siendo todo lo demás puras variantes.

Por otra parte, estos criterios legales debieron entenderse con relativa libertad, por lo menos en lo que al concepto de *pobre* se refiere. Para empezar, la condición de tal no es nada técnica y sí, en cambio, lo suficientemente imprecisa para que pueda provocar muchas dificultades, sobre todo si enfocamos como un gravamen modal esta distribución en limosnas hecha con los bienes del testador.

Tal vez lo esencial no sean, desde el punto de vista subjetivo del devoto causante, estrictamente los pobres o el culto, sino más bien sea otra cosa lo que le preocupó al testar. En efecto, muy

148. STEINWENTER alude con prueba documental a este tipo de negocios del siglo VI y aunque cita casos de santos y mártires destinatarios de los bienes a través de los papiros que examina (*KRU.* 84, 96, 97 y 100), en la mayor parte de los casos acude el donante o el testador a otro tipo de solución, vg., al monasterio o incluso a la colectividad de los monjes en algún supuesto más raro (*KRU.* 106).

posiblemente este tipo de negocio *mortis causa* cristiano sea una auténtica disposición *pro anima*, como puede verse en algún caso, en el que el testador busca la tranquilidad de su alma y la remisión de sus pecados: *pro quiete animae meae et pro remissione peccatorum*¹⁴⁹.

También la legislación justiniana nos da una muestra de esta amplitud de la buena obra, en una constitución del *Codex*, permitiendo beneficiar a los enfermos como auténticos pobres¹⁵⁰. El criterio de libertad que muestra esta ley se manifiesta igualmente en otros párrafos de la misma, dejando paso a una variable aplicación de mandas piadosas de un caso a otro, peregrinos, asilos, albergues de pobres, etc., dándonos también a entender que verdaderamente lo que interesa es un fin y que las obras pías —*piae causae*— no son más que un medio a él ordenadas. Esta misma idea parece descubrirse en la Novela 67 del año 538, cuando el cristiano testador, quizá más vanidosamente, haya querido dejar memoria manifiesta de su paso por la tierra con unas rentas para la Iglesia. La ley justiniana fija una serie de posibilidades también variables a donde pueden ir a parar los bienes si no fueran suficientes para construir una iglesia nueva, como sería muchas veces el deseo pretensioso del difunto¹⁵¹.

23. d) Papel del obispo en estos testamentos.—Con la misión de la autoridad eclesiástica en estas sucesiones viene a suceder algo parecido a lo que sucede a la institución entera, es decir, viene a quedar sometida a la evolución general que afecta a todas las figuras jurídicas que sirven de medio a las *piae causae*.

De un obispo curiosamente propietario de los bienes y rentas

149. ARANGIO-RUIZ, *Fontes III*, p. 193 ss.

150. *Ubi autem indiscrete pauperes scripti sunt heredes ibi xenonem eius civitatis omnimodo hereditatem nancisci et per xenodochum in aegrotantes fieri patrimonii distributionem, secundum quod in captivis constituimus... quis enim pauperior est hominibus, qui et inopia tenti sunt et in xenonem repositi et suis corporibus laborantes necessarium victum sibi non possunt adferre? C. 1.3.48(49).3.*

151. En el c. 2 de la Nov. 67 se enumeran una serie de posibilidades, sin pretender agotarlas exhaustivamente, a las que pueden aplicarse las piadosas rentas: *ad luminaria et ad sacrum ministerium et ad incorrumpendam domus custodiam et observantium alimenta.*

y que todo lo más está sujeto a un gravamen modal, a un obispo, órgano eclesiástico de control y vigilancia de encargos piadosos, hay toda una interesante evolución digna de ser estudiada, pero que probablemente nos llevaría demasiado lejos.

No nos puede extrañar por ello, que en las más antiguas constituciones encontremos al obispo como único legitimado —siempre a salvo la voluntad testamentaria en la designación de un administrador, de carácter igualmente poco claro— para ejercitar las acciones oportunas. Así lo examinamos en la época postclásica¹⁵² y aun perduró mucho tiempo, también sin delimitar exactamente su papel en esta época justiniana y aun después¹⁵³.

La constitución justiniana 1.3.45 (46) de aplicación general para todo tipo de pía disposición, concreta el papel episcopal preferente (pr), aunque los testadores lo hubieran excluido de tal misión. Tanto en esta ley como en la del año siguiente (C.1.3.48(49)) se va dibujando el papel del obispo con caracteres más propios: órgano de control y de vigilancia que en toda caso se reservan un derecho de inspección sobre los administradores, e incluso sobre los propios herederos si la disposición piadosa era un legado o un fideicomiso¹⁵⁴.

Finalmente, la Novela 131, auténtica carta magna de las disposiciones piadosas, recoge estos mismos criterios y legitima expresamente al obispo para intervenir, aunque los donantes o los testadores hubieran pretendido excluirlo (c. 11.2).

De todo esto y de los preceptos legales que fijan una supervigilancia también sobre el obispo-ejecutor llevada a cabo por el metropolitano¹⁵⁵ o que autorizan al clarísimo gobernador de la Provincia a exigir el rápido cumplimiento de lo dispuesto en el testamento o en la escritura de donación, se puede deducir algo interesante. Admitida como situación de hecho el camino de la he-

152. C. 1.3.28 (a. 468); 1.2.15 (a. 477); 1.2.21 (a. 529).

153. *La donatio mortis causa pro anima*, citada por ARANGIO RUIZ en *Fontes III*, es relativamente tardía (a. 570).

154. C. 1.3.45(46), 3.

155. *Si autem sanctissimum locorum episcopus reliquerit aliquid horum quae a nobis dicta sunt, liceat et sanctissimo eius metropolitae haec omnia exigere et complere... ut modis omnibus causae piae complantur.* (Nov. 131, c. 11, 4.)

ineficiencia a través de los cuantiosos testamentos de la época, comienzan a ser afectados estos, por vía indirecta, del carácter público que la beneficencia estatal debe tener. Esto nos explica la curiosa y extraña acción popular que aparece en las leyes justinianas como tutela jurídica de estas herencias y legados piadosos.

24. e) La tutela jurídica sobre las disposiciones piadosas.— La protección de los derechos hereditarios se vio sometida en el Derecho justiniano a la evolución general de todo el período y muy concretamente a las nuevas orientaciones en el modo de litigar. La aproximación de la *hereditas* y la *bonorum possessio* lleva implícita la multiplicidad de caminos procesales para el heredero. Se da la *hereditatis petitio possessoria* para el *bonorum possessor* y el interdicto *quorum bonorum* al heredero¹⁵⁶. Influencias vulgarizadoras hacen aparecer extrañas figuras como la *actio momentaria* o el *interdicto mementario*¹⁵⁷ con los que el heredero protege la posesión de los bienes.

La identificación de legados y fideicomisos impone también una igualación de medidas tutelares en uno y otro instituto jurídico. Se conserva la *cautio* y la *missio in bona* del pretor —que en su tiempo cumplió un papel próximo a la prenda—, *missio in bona* que tras la reforma de Antonino queda extendida a todos los bienes propios del heredero y aplicable ahora tanto en favor de legatarios como fideicomisarios¹⁵⁸.

Desaparece, en cambio, la extraña *missio in rem* que usó antaño el fideicomisario sobre un objeto del patrimonio y a la que Justiniano en un juicio duro le llama *tenebrosissimus error* (C.6.43.3.2)¹⁵⁹.

156. C. 8.2.1. Constitución de Severo y Antonino año 197; D. 5.5 (itp.) en relación con C. 3.31.9.

157. *Interpretatio Codex Theodosianus*: 4.23.1 y 11.37.1.

158. *Paul. Sent.* 4.1.17.

D. 36.4.5., 16-21 y 23-25.

C. 6.54.6. Constitución de Alejandro Severo, año 225.

159. FERRINI (*Teoria generale dei legati e dei fedecommissi secondo il Diritto romano con riguardo all'attuale giurisprudenza*. Milán, 1899, p. 414) dice que apenas sabemos nada de él. Tenía efectos reales frente a terceros y se utilizaba a modo de reivindicación para el fideicomiso, cuando este tuviese por objeto una cosa individuada del patrimonio hereditario. Cree este autor que dicha *missio in rem* presentó dificultades en su utilización.

Los legatarios, y en nuestro caso el administrador y, siempre, el obispo, tendrán frente a los herederos *actiones tam personales quam in rem* (C.6.43.1.2), al menos mientras lo permita la naturaleza del legado —*quatenus eis liceat easdem res* (eod. § 3.1)—. Junto con estas acciones, y desde el momento que concede el legislador una hipoteca legal sobre todos los bienes del heredero, gozará el legatario de una nueva *actio utilis serviana, id est hypothecaria*, tanto para el legado como para el fideicomiso utilizable, mucho más aún tratándose de estos casos tan peculiares de legados piadosos: *praecipue cum talia sicut legata vel fideicommissa, quae piis actibus sunt deputata* (eod. § 3)¹⁶⁰.

Es difícil de entender como no desapareció la antigua *missio in bona* al aparecer esta hipoteca general sobre todos los bienes del heredero (o en general del gravado tratándose de fideicomisos) que cumple con mucha más comodidad, el papel de la antigua medida pretoria.¹⁶¹

En cuanto el margen de responsabilidad que estas acciones calibran para el deudor, variará según la naturaleza del legado o el carácter del fideicomiso¹⁶². Sin embargo, en la constitución Justiniana sobre legados benéficos (C. 1.3.45(46).4) agrava extraordinariamente la posición del gravado fijando para él una *mora ex re* o legal, de tal modo que sin *interpellatio ni litis-contestatio*, a partir de la muerte del testador su retraso es ya culpable. Posiblemente, al establecer Justiniano este tipo de mora en los legados y fideicomisos de tipo benéfico-piadoso, está latente en su mente una peyorativa identificación del gravado en retraso con el *fur* —*Fur*

160. Quizá el legislador esté intentando darnos a entender con este *praecipue* del texto que estamos ante una hipoteca de carácter privilegiado. No sería extraño, pues, tanto por parte del *ius singulare* de la Iglesia, como por la función pública que desempeña la beneficencia testamentaria podría gozar esta hipoteca general de esta cualidad preferente.

161. Sobre este tema puede verse:

SEGRE, *Nota exegetiche sui legati*, en *Studi in onore de Scialoja I*. página 239 ss.

MITTEIS, *Röm. Privatrecht I*, p. 89 ss.

GROSSO, *ob. cit.*, p. 132, n. 1.

162. De responsabilidad por culpa, *proxima dolo* habla, para el fideicomiso, el Digesto en varios textos, acusando todos ellos la mano de los compiladores (D. 30.58; 30.114.9; 32.8; 36.1.23.3. etc.).

semper moram facere videtur— y una consideración de *animus fraudulentus* que normalmente no produce en el deudor-demandado ni siquiera la *litis contestatio* ¹⁶³.

Otra curiosa nota de las acciones contra el gravado por la manda piadosa es su carácter de gravar la condena *in duplum*. La *actio ex testamento*, precisamente por su remoto origen, tal vez de la *manus iniectio*, trajo al edicto ese carácter que hizo que Gayo (4,8) la clasificara entre las acciones mixtas, próximas a las penales, equiparada a la *actio legis aquiliae* y a aquellas otras *ex quibus infitiantem in duplum agimus*. Desaparecida esta tipicidad de la *actio* originaria, y con la modernización del litigio, su restauración para los legados piadosos tiene algo de revolucionario. En efecto, Justiniano dice que habiéndose dado en el antiguo Derecho acciones con este carácter para aquellos casos en los que el deudor no actuaba espontáneamente, ¿por qué no va a darse ahora en estos casos para castigar estos retrasos que obligaron a actuar a los religiosísimos obispos o a los clarísimos gobernadores? El carácter penal le ha venido a estos morosos por un camino irregular. Quizá no se trate más que del matiz público que va adquiriendo toda esta beneficencia eclesiástico-privada que cumple una función estatal indirecta, prestándole precisamente el poder público algún reflejo de su carácter preeminente.

La naturaleza de la obligación del gravado con el legado o fideicomiso va adquiriendo su peculiar estructura como podemos notar en un texto de la *Instituta* (3,27,7) sobre la *condictio indebiti*. Si se paga por error cualquier tipo de *indebitum* en legados o fideicomisos, *quae sacrosanctis ecclesiis caterisque venerabilibus locis, quae religionis vel pietatis intuitu honorificantur, derelicta sunt*, este pago no podrá luego repetirse: *si indebita solvantur, non repetuntur*.

25. Sólo nos queda por examinar la curiosa situación procesal que pudiera plantear la llamada *actio condidictitia* de nombre vulgarizado y postclásico ¹⁶⁴, nombre que aparece ya en una consti-

163. *Qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere*. D. 50.17(-)63 (Ulp. 17 Dig.).

164. En el latín vulgar, el verbo *condicere* se conjuga ya como *condicare*. Además de esta transformación el empleo del participio adjetivizado *con-*

tución del año 290¹⁶⁵ y en algún texto de Derecho romano vulgar¹⁶⁶.

Pero aparte del nombre —cosa sin duda interesante, tanto en su expresión latina de *actio condidictitia*, como en el *Condictio* del texto griego que conserva caracteres latinos en el párrafo 6 de la ley C.1.3.45(46)—, Justiniano nos da dos notas de esta acción con las cuales tendremos que determinar su naturaleza. En primer lugar nos dice que es una acción *ex lege*, es decir como aquella que en el brevisimo título del Digesto (13.2) se ofrece como medio jurídico procesal para tutelar obligaciones, que reconocidas por una ley, carecieran, sin embargo, de acción correspondiente¹⁶⁷. Queda claro que durante el Derecho clásico no formaron ninguna categoría independiente dentro de las fuentes de las obligaciones. Se daban tan sólo como figuras aisladas, por ejemplo, algunos derechos reconocidos por la *lex Iulia*¹⁶⁸ o por la *lex Agraria Baevia*¹⁶⁹.

De obligaciones *ex lege* obtenemos algún ejemplo en el Codex y en la *Instituta*. Son supuestos en los que la razón de pedir es legal: *quod ex his causis debetur per condictioem, quae ex lege descendit, petitur*. Para exigir costas procesales al que fue vencido en el litigio (C.3.31.12.1,c) o para que éste recupere lo que pagó de más en la sentencia a causa de una plus valoración indebida de la causa litigiosa (I.4.6.24) y algún otro caso aislado (C.6.30.22.6).

dictatus tiene un matiz mucho más próximo al Derecho público que el antiguo y clásico *condictus*.

DU CANGE, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, s. v.

165. C. 8.54(55).3. Diocleciano.

166. *Fragmenta Vaticana*, 286.

LEVY, *West Roman vulgar Law*. Philadelphia, 1951, p. 202.

167. Este corto título compuesto con un texto originario del libro 12 de Paulo *ad Plautium*, está prácticamente reconstruido por los compiladores. El texto clásico no hablaba de *condicere*, sino de *agere* y se trataba posiblemente de un supuesto de la *lex Aquilia*. PERNICE, *Labeo III*, p. 204, n. 1.

El título del *Codex* sobre las *condictiones ex lege* y las *sine causa vel iniusta causa* no nos sirve de mucho para aclarar la naturaleza de la *condictio ex lege*.

168. D 48.5.28.15; 48.5.29.

169. *Lex Agraria Baevia*, 36. *Fontes I*.

Pero además de ser una *actio ex lege*, esta acción justiniana contra el gravado por el legado o el fideicomiso tiene una segunda nota aún mucho más extraña y curiosa. Un carácter *sui generis* que se va insinuando ya en otras leyes anteriores a Justiniano y que en este párrafo 6 de la constitución C.1.3.45 (46) se manifiesta con toda claridad: Esta acción es para *cui voluerit civium*, como traduce Krüger el texto griego de la ley. Decíamos que este carácter se venía ya insinuando tímidamente y con cierta oscuridad, y así es, en efecto; en la constitución de León del 468, ya varias veces citada, parece que habría una oportunidad de ejercitar esta acción *universi qui id quocumque modo cognoverint*.

Más bien presentaba el aspecto de una denuncia hecha ante los clarísimos rectores provinciales o ante el obispo de la ciudad para que fuesen ellos los actores. De todos modos, la curiosa acción popular, embrionaria en la constitución de León, se da igualmente en una ley justiniana del año 528¹⁷⁰, también con una expresión semejante: *permittimus autem cuilibet id denuntiare et palam facere*.

De estas dos formulaciones imprecisas a la claridad con que Justiniano se la plantea en la constitución C.1.3.45 (46) media un abismo. El legislador justifica la legitimación universal de esta acción por este interés común y religioso de todos los ciudadanos en las obras pías, aún sin cumplir, una *ratio pietatis communis* y un *commune studium ut ea (legata) implcantur*¹⁷¹.

Quedaría por saber qué interés económico, si lo hubo —aunque es poco probable—, supondría el ejercicio de esta acción por el *cives qui volet*. Muy probablemente estemos ante un enfoque pu-

170. C. 1.3.41(42). 28 y 29.

171. Esta *ratio pietatis* no parece avenirse al concepto privatístico del *unus ex populo* clásico ni a la definición que Paulo nos da en las acciones populares D. 47.23.1, como aquellas *quae suum ius populi tuetur*.

La transformación ampliativa que sufren todas las relaciones públicas a costa de las privadas, motiva que todas estas instituciones que, en cierta manera están intermedias durante los siglos de evolución, sean las más expuestas a todos los cambios de naturaleza. Por ello las acciones populares por fuerza presentan muchas veces, por lo menos al verlas desde el Derecho justiniano, un carácter poco preciso.

CASAVOLA. *Fadda e la dottrina delle azioni popolari*, en *Labco I* (1955), página 131 ss. y *Studi sulle azioni popolari romane*, Nápoles, 1958, p. 13 ss.

blicístico de las cuestiones sin más. Es decir, un sujeto que actúa *ratione pietatis*, por esta *eusebeias* cristiana que quizá haga el papel del civismo patriótico republicano que para Mommsen fue el primer fundamento de las acciones populares¹⁷².

La transformación privado-pública que hemos venido observando queda clara. La religión y la piedad vienen a suplir al antiguo interés popular estricto, pero la situación sigue siendo parecida en el planteamiento, al menos, de la acción.

¿Cómo podría compaginarse esta acción con su interés público-religioso a defender, con su carácter *ex lege*, con sus penas *in duplum*, etc., con unas reclamaciones que en la mayor parte de los casos están situadas casi al margen de lo jurídico, en zonas de conciencia y de moral? El resto a entregar en un fideicomiso de residuo, los supuestos de legados o disposiciones fideicomisarias poco concretas o de difícil interpretación y tantos otros casos en los que habría que acudir al criterio clásico del *arbitrium boni viri*¹⁷³ o a la imprecisa fórmula del jurista Mela, *ex dignitate personae*, parecen poco apropiados a la rigidez legal que los píos testamentos van adquiriendo en el Derecho justiniano. Tal vez la solución del arbitrio de un tercero, nombrado por el propio obispo, sería la única viable en muchos momentos o la práctica consuetudinaria que con toda certeza debió darse con extensa prolijidad.

Terminamos, en fin, este estudio sin pretender haber agotado el tema. Posiblemente las normas legales que hemos examinado en el Derecho justiniano fueron tan sólo un pequeño cauce desbordado por la realidad de la vida cristiana, siempre muchos más amplia que la norma jurídica. La ingente cantidad de documentos y papiros, la multitud de casos ejemplificados de las fuentes patrísticas y de las historias eclesiásticas constituyen un expresivo argumento de esto mismo.

26. Como un paso intermedio hacia el Derecho de la Iglesia y hacia el Derecho común de la Edad Media, las fuentes justinianas, con su planteamiento, por lo menos en muchas instituciones, todavía tradicional y respetuoso con el Derecho clásico, tuvieron

172. *Die Popularklage*, en ZS. 24 (1903), p. 1 ss.

173. ALBERTARIO. *L'arbitrium boni viri nell'onerato di un fedecommesso*, en *Studi dedicati alla memoria di P. P. Sanzucchi*, Milán 1927, p. 31 ss.

que luchar por encontrar una salida, un instituto jurídico que pudiera encauzar ese ansia de sobrevivir, tan antigua como la humanidad, y que, sin duda, se esconde en la forma piadosa de muchas primitivas fundaciones.

Ese deseo del devoto fundador del conservar su memoria para siempre, en la ciudad o en la aldea donde vivió, se encauzó, sin duda, nombrando heredero, legatario o fidicomisario a una persona eterna para que a través de una interpretación audacísima de su capacidad hereditaria, las limosnas o el culto pudieran durar siempre.

Pronto esta práctica piadosa se fue extendiendo por todo el mundo conocido, adaptándose al modo de vivir y de testar de cada pueblo. Bizancio, con sus formas peculiares y con su ordenamiento jurídico recogido de las fuentes justinianas, lleva la disposición *mortis causa* piadosa a una generalización absoluta, imponiendo incluso como cuota fija una especie de sucesión forzosa *pro anima* para fines religiosos. En las Novelas de León el filósofo¹⁷⁴, fundamenta religiosa y jurídicamente, dicha cuota *pro anima* se manifiesta en su forma definitiva para la parte oriental de Europa.

En occidente también los cristianos medievales extienden y generalizan la institución, pero con unas diferenciaciones mucho más acusadas al darse sobre ordenamientos jurídicos en transformación, cruzándose con el naciente Derecho canónico y con costumbres y prácticas distintas en cada pueblo¹⁷⁵.

En una vieja inscripción visigoda¹⁷⁶ encontramos un precioso epitafio de un hispano-romano, un obispo valenciano, *pius preclarus doctor*, hombre animoso y elocuente —*alacer facundus*—, escritor de gran intuición —*scripsit plura posteris profutura <cunctis>*—. Durante su vida debió ser de gran actividad, construyó

174. Novela 40.

175. La cuota *pro anima* tiene distinta cuantía según los pueblos. Así entre los ingleses, franceses y en el Derecho normando siciliano fue un tercio, igual que en el Derecho bizantino; entre los longobardos, alemanes y borgoñones, una cuota viril; aunque con menos claridad también una cuota semejante en el Derecho danés, sueco y nord-frisio; para el Derecho visigodo, la famosa *quinta visigótica* del caudal hereditario; finalmente parece que se concreta en un décimo entre los pueblos más nortefños: Noruega e Islandia.

176. DIEHL, *Inscriptiones I*, n. 1092.

templos nuevos —*noba templa construens*— y restauró otros más antiguo, *vetustaque rest <aurans>*. Fue contemporáneo del emperador Justiniano y conoció el poder imperial bizantino extendido por grandes zonas del sur y levante de España. Parece que aún vivía en el año 546 (un año después de la Novela 131).

Fue nuestro obispo hombre religioso y, como buen valenciano, devoto del santo mártir Vicente, cuyo culto supo difundir, *hic Vicentium gloriosum martirem XPi sat pio quem coluit moderamine vivens*. Al morir este piadoso hombre, su afecto y devoción al santo mártir era tanto que le nombró heredero, *hunc devotus moriens reliquid eredem*.

No nos faltan, pues, ejemplos españoles de esta curiosa institución hereditaria, que aún sobrevivió tantos años, mientras el Derecho común iba alcanzando su meta definitiva y elaborada de la *Universitas rerum*.

JOSÉ LUIS MURGA GENER